Das fiduziarische Rechtsgeschäft
mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-Rechtes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Referendar **Fritz Goltz,**
aus Kastel am Rhein.

Marburg.
Universitäts-Buchdruckerei (R. Friedrich).
1901.

Seinem lieben Oheim

dem

Dr. med. Friedrich Goltz

ordentlichen Professor emer. der Medicin an der Universität Strassburg

in Dankbarkeit zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0079

Inhaltsverzeichnis.

I.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Allgemeinen.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Steht die fiduziarische Eigentumsübertragung mit dem Wesen des Eigentums in Widerspruch? 3
§ 3. Ist das fiduziarische Rechtsgeschäft simulirt? 5
§ 4. Das Wesen der Simulation im Allgemeinen 6
§ 5. Erster Fall der Simulation 9
§ 6. Zweiter Fall der Simulation 10
§ 7. Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes 11
§ 8. Das Verhältnis zwischen Wirtschaft und Recht im Rechtsgeschäfte 19
§ 9. Das sogenannte fiduziarische Eigentum 24
§ 10. Die strafrechtlichen Wirkungen bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte 29
§ 11. Das Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäftes zu dem agere in fraudem legis 31
§ 12. Geschichtliches 33

II.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Wechselrecht.

A. Die Einrede der Simulation.

Seite

§ 13. Einleitung 36
§ 14. Ist das fiduziarische Indossament simulirt? 37
§ 15. Begründet es eine aus der exceptio simulationis und der exceptio doli zusammengesetzte Einrede? 42

B. Die exceptio doli.

a) Die Theorien des nicht substanziirten dolus.

Seite

§ 16. Der dolus liegt in dem Gebrauch eines fiduziarischen Indossaments 44
§ 17. Die bona fides im Wechselrecht 47
§ 18. Beurteilung dieser Theorien 50

b) Die Theorien des substanziirten dolus.

§ 19. Der dolus liegt in einem Missbrauch der Form 54
§ 20. Der Indossatar ist dolos mangels eines eigenen Interesses an Geltendmachung der Wechselforderung 61
§ 21. Der dolus wird in anderen genau substanziirten Thatbestandsmerkmalen gefunden 63

c) Einwirkung der Zeit auf den dolus.

§ 22. Zu welcher Zeit muss der Indossatar seine Kenntnis erlangt haben? 70

d) Einwirkung des Verhaltens des Indassatars auf seine Stellung.

§ 23. Welchen Einfluss hat es, wenn der Indossatar im Prozess einräumt fiduziarischer Indossatar zu sein? 73

e) Die Annahme einer Eigentumsteilung.

§ 24. Ist das Eigentum des Indossatars in irgend einer Richtung geteilt? 77

C. Das Vollindossament macht zum Vollindossatar.

§ 25. Die richtige Ansicht 80

D. Andere Arten des fiduziarischen Indossaments.

§ 26. Der Depotwechsel 83
§ 27. Der Blankowechsel 84

III.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Konkurs des Fiduziars.

§ 28. Hat der Fiduziant ein Aussonderungsrecht im Gant des Fiduziars? 85
§ 29. Der Fiduziant ist auf den persönlichen Anspruch beschränkt . 90

I.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Allgemeinen.

§ 1. Einleitung.

Aus der Zeit der frühesten Entwicklung des Rechts stammend, dann lange in Vergessenheit geraten, scheint das fiduziarische Rechtsgeschäft dazu berufen, in der neuen Rechtsentwicklung wieder eine grössere Rolle spielen zu sollen.

Die Hauptanwendungsfälle des fiduziarischen Rechtsgeschäfts sind etwa folgende:

1. Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen, mithin zur Ergänzung des Pfandrechtes benutzt.
2. Die fiduziarische Zession.
3. Seine Anwendung im Wechsel-Recht durch Erteilung eines Voll- statt Prokuraindossaments, ein Hauptfall der Bevollmächtigung im Gewande des Eigenrechts.
4. Ist das fiduziarische Eigentum und das Verhältnis des Fiduzianten und des Fiduziars im Konkurse des letzteren zu betrachten.

In der nun folgenden Abhandlung sind die Punkte Nr. 1 und 2 nur, soweit unbedingt nötig, gestreift, während die unter Nr. 3 und 4 angeführten Fragen eingehender erörtert werden sollen. Vorausgeschickt ist eine Besprechung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts im Allgemeinen, und nach den dort festgestellten allen fiduziarischen Rechtsgeschäften gemeinsamen Normen wird man die hier nicht eingehend besprochenen Formen der Fiduzia zu beurteilen haben.

Zur Erläuterung des Folgenden soll ein Beispiel des fiduziarischen Rechtsgeschäftes gegeben werden, an dem sich alle für dasselbe geltenden Rechtssätze ableiten lassen.

A will dem B eine gewisse Verfügungsgewalt über eine Sache einräumen. Eine Vollmacht erscheint ihm nicht ausreichend genug, und deshalb überträgt er dem B das Eigentum

an dieser Sache. Nach Erreichung des von A angestrebten Erfolges betr. der Sache durch B, oder nach Hebung des Hinderungsgrundes z. B. einer Reise, die den A von der Einwirkung auf die Sache abhielt, soll B den A wieder zum Eigentümer machen, ev. Rechnung legen und seine Handlungsweise verantworten.

Man sieht in diesem Vertrage deutlich die für das fiduziarische Rechtsgeschäft charakteristischen, sich anscheinend widersprechenden Parteibestimmungen. Einerseits will A den B zum Eigentümer machen, damit dieser ohne Schwierigkeiten z. B. ohne Nachweis einer Vollmacht über die Sache verfügen kann. Andererseits sucht er sich eine gewisse, wenn auch nur indirekte Einwirkung über die Schicksale der weggegebenen Sache vorzubehalten und glaubt das in ausreichendem Masse zu erreichen, indem er den B dafür persönlich verantwortlich macht, dass er mit der Sache in seinem — des Fiduziars — Sinne verfahre. Durch diesen Vorbehalt will A die Machtbefugnisse des B derart beschränken, dass dieser seine Eigentümerstellung nicht gegen ihn und gegen seinen Willen geltend machen kann.

Eine derartige Beschränkung des Empfängers wäre auf verschiedene Weise erreichbar z. B. durch einen Eigentumsvorbehalt seitens des Gebers; doch hierbei ist nach Ansicht der Parteien der Empfänger zu schlecht gestellt, da er nicht frei genug über die Sache verfügen könnte, während er als unbeschränkter Eigentümer nach der Ansicht des Fiduziars zu freigestellt ist und leicht seine Machtbefugnisse in einer von dem Geber nicht gewollten Weise missbrauchen könnte. Um einen Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen des Gebers und des Empfängers herzustellen, wählt man die fiduziarische Eigentumsübertragung.

Es begegnet uns hier eine ähnliche Erscheinung, wie in dem altrömischen Pfandrecht. Auch hier bestanden zwei Formen, die fiducia und das pignus; bei ersterer waren dem Pfandgläubiger, bei letzterem dem Pfandgeber zu grosse weitgehende Machtbefugnisse eingeräumt. Man führte deshalb die hypotheca ein, die den Intentionen beider Teile durch ihre vermittelnde Stellung gerecht werden sollte.

Abgesehen von später zu erörternden Fragen soll in dem gewählten Beispiele Eigentum zweifellos übertragen werden, aber dasselbe ist so beschränkt, dass behauptet werden könnte, und auch behauptet worden ist, ein derartig verklausuliertes Eigentum sei gar kein Eigentum mehr, m. a. W., dass die sog. fiduziarische Eigentumsübertragung dem Wesen des Eigentums widerspräche.

§ 2. Steht die fiduziarische Eigentumsübertragung mit dem Wesen des Eigentums in Widerspruch?

Die positive Seite des Eigentums ist die volle und unbeschränkte Herrschaft über eine Sache, oder wie Windscheid[1]) sich ausdrückt, die Fülle des Rechts an der Sache. Nun ist der fiduziarische Eigentümer nicht unbeschränkt und seine Macht ist in vielen Beziehungen äusserst eingeengt, oder kann es wenigstens sein. In diesen Beziehungen befindet er sich in keiner anderen Lage wie jeder Eigentümer, dessen Machtvollkommenheit durch dingliche oder obligatorische Belastungen beschränkt ist. Das Eigentum ist begrifflich viel zu dehnbar, als dass es nicht in beliebig beschränkter Form fortbestehen könnte. Das zeigen deutlich der § 6. K. O. und § 234. S. O. In beiden Fällen wird dem Eigentümer die volle Dispositionsbefugnis über sein Vermögen entzogen, und trotzdem bleibt er Eigentümer.

Bei dem durch iura in re aliena beengten Eigentum ruhen nur die Machtbefugnisse des Eigentümers im Umfange der Beschränkung, was das römische Recht dadurch andeutete, dass es nach dem Wegfall dieser iura das Eigentum ipso iure in seine natürlichen unbeschränkten Grenzen zurückkehren liess.

Das Eigentum ist eben die unbeschränkte, aber nicht unbeschränkbare Herrschaft über eine Sache; mithin muss man auch den Fiduziar als Eigentümer bezüglich der positiven Seite des Eigentums anerkennen.

Ob bei dem fiduziarischen Eigentümer auch die negative Seite des Eigentums, nämlich Einwirkungen anderer auf die Sache auszuschliessen, voll ausgeprägt ist, kann hier nicht ent-

1) Pandekten 5. Aufl. Bd. I. S. 519.

schieden werden. Es kommt darauf an, ob man bei der fiduziarischen Eigentumsübertragung eine Teilung des Eigentums in irgend welcher Richtung annimmt, oder nicht, eine Streitfrage, die weiter unten besprochen werden wird. Soviel ist aber gewiss, dass bei Annahme einer Teilung des Eigentums der Fiduziar so zu sagen in dem ihm zugewiesenen Ressort nach jeder Richtung hin unumschränkt herrscht, und dass er bei Verwerfung dieser Teilung genau so, wie der normale Eigentümer seine Rechte ausüben kann.

Noch aus einer anderen Ursache glaubt man den Fiduziar nicht als Eigentümer ansehn zu können, und das hatte seinen Grund in der damals herrschenden, jetzt aufgegebenen Ansicht über die Natur der wichtigsten Eigentumserwerbsart, nämlich der Tradition. Eine Eigentumsübertragung, vor allem die fiduziarische, kommt niemals um ihrer selbst willen zustande. Ein Grund, der nicht im Übertragungsakte zum Ausdruck gelangt, bildet das Motiv für die Parteien, oder die causa traditionis. Die Streitfrage ist nun die, ob die Tradition causal oder abstract sei, ob das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft die Tradition bedinge, oder ob dasselbe als Motiv aus dem Rechtsgeschäft ausgeschaltet, juristisch unbedeutsam sei. Eine nähere Begründung der einen oder der anderen Ansicht fällt nicht in den Rahmen dieser Untersuchung und kann auch übergangen werden, da seit Windscheid die Streitfrage für das gemeine Recht als erledigt gelten kann.[2]) Damit ist auch die zwischen Leist und Strempel[3]) durchgeführte Kontroverse hinfällig, ob pignus, mandatum, depositum u. s. w. eine iusta causa traditionis bilden könnten. Erforderlich ist eine iusta causa, doch kommt sie nur als Kennzeichen des auf Eigentumsübertragung wirklich gerichteten Willens in Betracht, der neben der Besitzübergabe das materiell allein Entscheidende bildet. Sofern nur die causa rechtlich zulässig, und aus ihr der Wille Eigentum zu übertragen ersichtlich, ist sie in dem hier gebrauchten Sinne eine iusta.[4]) „Zur

2) Vgl. Nachweise bei Örtmann, Fiducia S. 77 ff.

3) B. W. Leist, Mancipation und Eigentamstradition. Strempel, Über die iusta causa traditionis.

4) Seuff. Arch. Bd. 19. No. 122. 33. No. 108.

Gültigkeit der Tradition ist allein erforderlich der Wille Eigentum zu empfangen und zu übertragen". [5]) Für das B. G. B. ist die abstrakte Natur der Tradition nach § 929 unzweifelhaft festgestellt. [6])

Nachdem nun festgestellt ist, dass die fiduziarische Eigentumsübertragung mit dem Wesen des Eigentums nicht in Widerspruch steht, sind die Ansichten zu behandeln, die das fiduziarische Rechtsgeschäft von anderen Gesichtspunkten aus als nicht rechtsbeständig anzufechten suchen, was in den vielseitigen Rechtsbeziehungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts eine anscheinende Berechtigung findet.

§ 3. Ist das fiduziarische Rechtsgeschäft simulirt?

Man bezweifelt den wirklich vorhandenen Willen Eigentum zu übertragen. An der Hand des gegebenen Beispiels liesse sich die Ansicht vertreten, dass es den Parteien augenscheinlich auf die Eigentumsübertragung weniger ankommt, die ihnen ein nur „notwendiges Übel" zur Erreichung ihres „wahren" Zweckes ist. Folglich ist der ganze in Bewegung gesetzte Apparat nur zum Schein da, man simulirt.

Wie schon betont, ist das fiduziarische Rechtsgeschäft kein einheitliches; es besteht nicht aus der Summe bethätigter Willensäusserungen, die nach derselben Richtung gehen, sondern wir müssen an ihm zwei Reihen von Rechtswirkungen unterscheiden, die oft einander scheinbar widersprechend den Schluss gerechtfertigt erscheinen lassen, nur eine dieser Reihen kann gewollt, die andere muss zu einem unerlaubten Nebenzwecke da sein. Indem man sich dabei auf den Boden einer reinen Willenstheorie stellte, kam man zu dem auf den ersten Blick befremdlichen Ergebnisse der starkwirkenden Reihe zu Gunsten der schwachwirkenden jede Rechtswirkung zu versagen, in unserem Beispiele also keinen Eigentumsübergang anzunehmen, sondern das Rechtsgeschäft als simulirt zu betrachten.

5) Hellwig, Archiv für zivilist. Prax. Bd. 64. S. 379.

6) Anders Strohal in Iheriugs Jahrb. Bd. 27. S. 335 und besonders für den zweiten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 392 ff.

Zur Beurteilung dieser Frage wird es nötig sein, auf Begriff und Wesen der Simulation einzugehen und ihre hauptsächlichsten Merkmale festzusetzen.

§ 4. Das Wesen der Simulation im Allgemeinen.

Eine grosse Ähnlichkeit besteht unzweifelhaft zwischen dem fiduziarischen und dem simulirten Rechtsgeschäft. Auch das letztere ist nicht einheitlich, sondern besteht bei näherer Betrachtung aus zwei Reihen von Willenserklärungen, welche sich entgegenlaufen. Mit der einen Reihe wird das vernichtet, was mit der anderen geschaffen worden ist oder geschaffen werden sollte, und die Parteien haben das Ganze ins Werk gesetzt, um je nach Belieben mit der einen oder der anderen Reihe operieren zu können.

Der X überträgt z. B. dem Y das Eigentum an einer Sache, vorher oder nachher machen jedoch die Kontrahenten aus, es solle in Wirklichkait kein Eigentum übergehen; das ganze Rechtsgeschäft sei nur leerer Schein, dazu bestimmt, um die übertragene Sache vor dem Zugriff der Gläubiger des X zu schützen.

In diesem Vertrage geht die eine Reihe der Rechtswirkungen auf eine — allerdings nur angebliche — Eigentumsübertragung, und ist dazu bestimmt, allen dem Vertrag fernstehenden Personen, soweit sie den X betreff der Sache in Anspruch nehmen wollen, als hindernd entgegen gehalten zu werden.

In ihm haben wir, wie Kohler[7]) sich ausdrückt, das aus der gesammten Willensaktion herausgerissene Stück, das die Parteien kundzugeben belieben.

Da nun in Wahrheit nicht als Endresultat ein Eigentumsübergang beabsichtigt ist, wird ein zweiter Vertrag geschlossen, der erst das ganze Rechtsgeschäft zu einem simulirten macht, und dessen Wirkungen, die gar nicht gewollt sind, verhindern soll. Dieser zweite Vertrag bleibt nur zwischen den Parteien, er ist nur für sie bestimmt und wird deshalb geheim gehalten. Er wird nur dann hervorgeholt, wenn der eine der Simulanten

7) Iherings Jahrb, Bd. 28. S. 169.

sich dem andern gegenüber auf den nur für die zu täuschende Aussenwelt bestimmten Vertrag berufen wollte, um den nicht gewollten ersten Vertrag nicht gegen sich gelten lassen zu müssen.

Man sieht also, der erste Vertrag ist nur erklärt und nicht gewollt und deshalb in Wahrheit nicht geschlossen, der zweite ist gewollt und nicht — wenigstens der Aussenwelt gegenüber — erklärt. Das sich aus den beiden Verträgen ergebende Rechtsgebilde ist nichtig, da es in seiner Totalität weder gewollt noch in ausreichender Form erklärt ist, und daraus geht hervor, dass das simulirte Rechtsgeschäft zwischen den Parteien keine Gültigkeit hat.

Kohler a. a. O. betont ausdrücklich, dass die Simulation nicht aus zweien sich gegenseitig aufhebenden Rechtsgeschäften bestehe, sondern aus Erklärung und Gegenerklärung innerhalb desselben Rechtsgeschäftes, die sich gegenseitig neutralisiren. Praktisch ist diese Ansicht wohl kaum von der hier Vertretenen unterschieden, und man könnte die Simulation auch ein Rechtsgeschäft nennen, da die zwei Verträge begrifflich zu ihrem Wesen gehören. Um jedoch das Wesen und die theoretische Konstruktion der Simulation deutlicher zu erkennen, empfiehlt es sich, wie hier geschehen, das auf den ersten Blick einheitlich erscheinende Rechtsgebilde in seine einzelnen Teile zu zerlegen, um somit erkennen zu können, wie sich der Vorgang in dem Inneren der Partei historisch abgespielt hat.

Durch ihr Auftreten als der Schemen eines Rechtes nimmt die Simulation eine gesonderte Stellung ein, und es ist verfehlt, sie mit irgend einem thatsächlichen Rechtsgeschäfte auf eine Stufe stellen zu wollen, indem man, wie Skonietzki,[8]), in ihr nur eine quantitative Verschiedenheit von dem bedingten oder befristeten Rechtsgeschäft sieht. Diese sind doch stets der Ausdruck wahrer, weil gewollter Rechtsgebilde. Dass beide zeitlich begrenzt sind, nimmt ihnen diese Eigenschaft nicht, wodurch sie sich prinzipiell von der Simulation unterscheiden.

Die nächste Aufgabe soll es nun sein das Verhältnis der im simulirten Rechtsgeschäft sich entgegenlaufenden Verträge zu einander in zeitlicher und rechtlicher Beziehung festzulegen.

8) Gruchot, Beitr. Bd. 29. S. 260.

Es sind in dieser Hinsicht zwei Fälle zu unterscheiden, die sich zwar sehr ähnlich sind, dennoch aber m. E. auseinandergehalten werden müssen, und dadurch zugleich die grosse Ähnlichkeit und die grundlegenden Unterschiede zwischen dem simulirten und fiduziarischen Rechtsgeschäft am deutlichsten gezeigt werden können.

§ 5. Erster Fall der Simulation.

Der erste Fall, der bei weitem der häufigste ist, und den man, soweit ich es beurteilen kann, bisher ausschliesslich als den Fall der Simulation betrachtet hat, ist der, dass sich die Parteien zuerst verabreden und danach die eigentliche Scheinhandlung, z. B. die Tradition vornehmen. Diese ist nichtig in Ermanglung des Eigentumsübertragungswillens, der durch die vorhergegangene Verabredung dokumentirt ist. Das Resultat der Thätigkeit der Parteien ist die Schöpfung eines Phantoms, das diejenigen, die nicht hinter die Kulissen sehen können, als reales Gebilde ansehen sollen. Für die Eingeweihten ist aber, und das bezweckt die ganze Operation, ein Scheingebilde hervorgerufen worden, das, wenn es den Parteien passt, zu ihrem Vorteil benutzt werden kann.

Wenn sich die Simulation auf diese Weise abgespielt hat, muss man Kohler a. a. O. beistimmen, der bestreitet, Simulation sei zweiseitige Mentalreservation. Das Vorhandensein einer Mentalreservation ist nicht zu läugnen, dieselbe ist aber nicht zweiseitig, sondern zwei unter sich einige Rechtssubjekte verkünden der Aussenwelt ihre Erklärungen, welche dieselbe auch als gewollt hinnehmen muss. Insgeheim behalten sich die beiden aber vor, ihre Erklärung solle nicht gewollt sein. Es ist das mithin derselbe Vorgang, als wenn eine Person etwas erklärt, unter der reservatio mentalis, dass sie etwas anderes damit wolle. Bei der Mentalreservation macht sich eine Person einen Vorbehalt, bei dieser Art von Simulation eine Mehrzahl unter sich einiger Personen, die durch ihre Übereinstimmung der Aussenwelt als ein sozusagen einheitliches Rechtssubjekt entgegentreten.

Durch diese Annahme wird die Simulation zu einer Abart der Mentalreservation, da es im Prinzip einerlei ist, ob auf der

einen Seite eine einzige oder mehrere durch ihre Übereinstimmung geeinte Personen stehen.

Von diesem Standpunkte aus ist es auch erklärlich, warum im gemeinen Recht der gutgläubige Dritte, der sich auf den Schein verlässt, geschützt wird. Bei der Mentalreservation ist im gemeinen Recht eine Durchbrechung des Willensprinzips allgemein anerkannt, und wenn man zwischen ihr und der Simulation keinen grundsätzlichen Unterschied anerkennt, liegt es nahe, die dort geltenden Regeln auch hier anzuwenden, ohne gegen Fundamentalgrundsätze des gemeinen Rechts zu verstossen.

Doch ist die ganze Streitfrage nach Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches ohne die Bedeutung, wie im gemeinen Rechte. Wenn auch eine so weitgehende Bestimmung, dass jeder Dritte der sich auf den Schein verlässt, geschützt werden sollte, in dem Gesetz nicht Aufnahme gefunden hat, so ist dem gutgläubigen Dritten in den meisten Fällen dadurch genügender Schutz gewährt, dass ihm auch im Fall des § 117 B. G. B. die Rechtssätze über den redlichen Erwerb von Rechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen zu Gute kommen.[9])

§ 6. Zweiter Fall der Simulation.

Der zweite Fall der Simulation lässt sich etwa folgendermassen denken. Von zwei Personen, die ohne vorherige Aussprache im Einverständnis sind, tradirt die eine der anderen eine Sache. Diese Tradition muss als vollgültig angesehen werden, wenn auch die Vertragschliessenden bei sich denken: ich will in Wahrheit gar nicht Eigentum übertragen resp. empfangen, da sofort nach der Tradition der ihre Wirkungen aufhebende Vertrag geschlossen werden soll. Die nicht ausgesprochene Bezugnahme auf den nachfolgenden Vertrag wäre als zweiseitige Mentalreservation aufzufassen, indem hier im Gegensatz zu dem ersten Fall der Simulation kein volles Einverständnis über den Inhalt des aufhebenden Vertrags herrscht. Man ist sich nur einig, dass ein Scheingeschäft geschlossen werden soll. Ob

9) Motiv zum Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs Bd. I. § 95. S. 193, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B. Bd. I. S. 97. Haidlen, bürgerl. Gesetzbuch. Bd. I. S. 135.

dasselbe simulirt, und aus welchem Grunde, oder ob es dissimulirt sein soll, darüber haben sich die Parteien noch nicht ausgesprochen. Insofern liegt keine übereinstimmende Mentalreservation der Parteien gegenüber der Aussenwelt vor. Diese tritt erst nach Abschluss des die Tradition aufhebenden Vertrages ein, der nach Absicht der Parteien den ersten Vertrag nicht gelten lassen soll, und zwar nicht nur vom Augenblick des Abschlusses des zweiten Vertrages an, sondern der erste soll auch nach nach rückwärts hin aufgehoben werden. Die Parteien wollen es so gehalten wissen, als ob eine Tradition nie stattgefunden hätte.

Diesen Fall der Simulation kann man als einen aus zwei Geschäften bestehenden erklären, einem ernstlichen und einem aufhebenden, deren Endergebnis, ebenso wie bei der ersten Art, nur ein leerer Schein ist.

Von dieser Auffassung aus ist die Erklärung der Gültigkeit der Simulation gegenüber gutgläubigen Dritten aus dem Bestehen des ersten und wegen der Mentalreservation gültigen Vertrages zu finden. Im Gegensatz zu Kohler a. a. O. hat man das Vorhandensein einer rechtsschöpferischen Willenserklärung anzunehmen. Freilich wirkt sie nie, da sie kurz nach ihrer Entstehung mit rückwirkender Kraft vernichtet werden soll. Diese Vernichtung wirkt aber nur relativ, d. h. nur gegen Mitwissende, nicht gegen gutgläubige Dritte.

Die Parteien geben zur Erreichung ihres Zweckes doppelte Erklärungen ab, aber nicht, wie Werthauer [10]) meint, in doppelter Absicht, sondern in der von vorne herein auf die Schöpfung eines juristischen Phantoms gerichteten Absicht, unter dessen Schutz man sich gegen Nachteile zu decken sucht.

Übrigens ist die Frage, ob man die Simulation als einheitliches Rechtsgeschäft, oder als zwei sich gegenseitig aufhebende Rechtsgeschäfte auffasst, nicht von grosser Bedeutung. Wer nur eine der Erklärungen erfährt, hat jedenfalls von der Gesammtheit der Willensaktion nur einen Teil vor sich.

Simulation heisst daher: zum Zweck der Täuschung anderer unter gegenseitigem Einverständnis einen juristischen Thatbestand

10) Grünhuts Zeitschr. Bd. 13. S. 627.

schaffen, der in Wirklichkeit nicht gelten soll, unter Verheimlichung dieses Willensmangels vor der Aussenwelt.

Die Definition Savigny's [11]) ist zu eng, da er schon Simulation annimmt bei Einverständnis der Parteien, dass ihre Erklärungen eine andere als die gewöhnliche Bedeutung haben sollten. „Gewöhnlich" kann nur heissen im gebräuchlich technisch juristischen Sinne; und wie oft kommt es vor, dass die Parteien wissentlich ein Wort falsch gebrauchen, ohne zu simuliren? Man braucht dabei nur an das meist falsch angewandte Wort „leihen" zu denken. Eine Täuschungsabsicht und deren Verheimlichung gehören zu den Erfordernissen der Simulation. Dasselbe trifft für die Definition Regelsbergers [12]) zu: „Simulation heisst das erklärte Rechtsgeschäft nicht wollen", doch kann man sie als brauchbare, wenn auch nicht erschöpfende, Abkürzung benutzen. [13])

Die beiden hier unterschiedenen Arten der Simulation laufen praktisch auf dasselbe Ergebnis hinaus; häufiger wird die erste Form vorkommen, doch darf man m. E. auch die zweite mögliche Form nicht ausser Acht lassen, zumal sie uns ein passendes Analogon zu dem nun zu besprechenden fiduziarischen Rechtsgeschäft giebt.

§ 7.

Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Die meisten und scheinbar allein wesentlichen Eigentümlichkeiten, die man bei der Simulation trifft, sind auch bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft vorhanden. Man hat auch bei ihm zwei Verträge, aus denen sich das Rechtsgeschäft in seiner Gesammtheit zusammensetzt, die sich in mancher Hinsicht zu widersprechen scheinen, und über deren Bedeutung aus diesem Grunde die verschiedensten Ansichten geherrscht haben. Je nachdem der eine oder der andere Teil des Ganzen in den

11) System Bd. III. S. 362.

12) Archiv für Ziv. Prax. Bd. 63. S. 171.

13) Ähnlich wie hier Werthauer a. a. O. S. 621. Wulff, Das Vollindossament zu Incassozwecken S. 21 ff. und dort Angef. R. O. H. G. Bd. VI. S. 57. Ihering, Geist des R. R. Bd. III. S. 539.

Vordergrund gestellt wird, läugnet man einerseits das Bestehen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes schlechthin, andererseits hält man es für ein neues ganz besonderes Gebilde, das den Anstoss zu einer eigenartigen weiteren Rechtsentwicklung zu geben berufen sein soll.

Um entscheiden zu können, welche Berechtigung diesen extremen Ansichten zuzuerkennen ist, muss zuerst festgestellt werden:

Was ist überhaupt das fiduziarische Rechtsgeschäft?

Die Antwort darauf lautet: Es ist zusammengesetzt aus einem positiv dinglichen Vertrag, verbunden mit einem negatorisch-obligatorischen Vertrage.

Diese Ausdrücke bedürfen der Erläuterung.

Zuerst der positiv dingliche Vertrag. An ihm ist eigentlich gar keine Besonderheit. Er wird wohl meist eine Eigentumsübertragung zum Gegenstande haben, vollzieht sich nach den gewöhnlichen Regeln, und alle für die Tradition gültigen Rechtssätze greifen auch hier Platz. Positiv habe ich den Vertrag genannt, da er eine Rechtswirkung, und zwar die in ihm ausgedrückte hervorbringt. Indem die Parteien ihn abschliessen, wollen sie seine Wirkung voll und ganz, sie wollen Eigentum übertragen, und thun das zur Erreichung eines ganz bestimmten, ausserhalb des dinglichen Rechtsgeschäftes liegenden Zweckes, der deshalb keinen Einfluss auf dasselbe hat.

Dieser wahre, ernstlich gewollte und offenkundig geäusserte Wille kommt in dem dinglichen Vertrage zum Ausdruck.

Insoweit unterscheidet sich der dingliche Teil des Rechtsgeschäftes sehr wenig von dem zweiten Fall des simulirten, da ich den Vorbehalt eines jeden der Kontrahenten, später den aufhebenden Vertrag abzuschliessen, als eine für den dinglichen Vertrag unwirksame Mentalreservation aufgefasst habe. Bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte denkt der Tradent ja auch an den später abzuschliessenden negatorischen Vertrag[14]), aber diese Gedanken hindern den Eigentumsübergang nicht. Ist dieser Nebenvertrag schon zeitlich früher abgeschlossen, so hindert er,

14) Derselbe kann, wie bei der Simulation, auch schon vorher abgeschlossen sein, was hier jedoch den Thatbestand nicht ändert.

wie sich später zeigen wird, ebensowenig den Eigentumsübergang. Von einer Mentalreservation kann hier nicht die Rede sein, weil der negatorische Vertrag den positiven gar nicht stören will, weil beide zusammen und nebeneinander gelten sollen. Sie sollen das freilich nicht für alle Zeiten, weil der negatorische Vertrag nur deshalb geschlossen ist, um den dinglichen zu vernichten. Diese Wirkung soll aber nicht, und darin liegt der fundamentale Unterschied zwischen Simulation und fiduziarischem Rechtsgeschäft, sofort vom Zeitpunkt seiner Entstehung an eintreten, sie soll das noch viel weniger mit rückwirkender Kraft, sondern nur, wenn nach einiger längerer oder kürzerer Zeit bestimmte von den Parteien getroffene, in dem negatorischen Vertrag enthaltene Voraussetzungen sich erfüllt haben. Bei der Simulation des zweiten Falls und bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft ist der positiv dingliche Vertrag gültig. Bei ersterer wird er durch den zweiten Vertrag so vernichtet, als ob er überhaupt nie zur Entstehung gelangt wäre, weil die Parteien nicht wollen, dass er seine naturgemässen Wirkungen äussere, bei dem letzteren soll er ent- und bestehen.

Er soll hier nur die Dauer des Eigentums bei dem Fiduziar zeitlich begrenzen, während der pure dingliche Vertrag Eigentum für alle Zeiten gewährt. Trotzdem ist das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht bedingt oder befristet, da im Falle der Bedingung oder der Befristung das zukünftige Ende der Eigentümerstellung in der Tradition selbst zum Ausdruck gelangt, während bei der Fiducia unbeschränkt tradirt wird, wodurch die zeitliche Begrenzung des dinglichen Charakters entbehrt.[15]) Daran ändert nichts der Umstand, dass der Fiduziar später einmal aufhören soll Eigentümer zu sein, und dass dies von den Parteien schon jetzt gewollt und vorbereitet ist, weil eben dem Tradent ein nur obligatorischer Anspruch gegen den Fiduziar zukommt, auf dessen guten Willen er im übrigen angewiesen ist. Der Wille, Eigentum zu übertragen ist, was die dingliche Seite des Geschäftes anlangt, pure geäussert, und da Eigentum übertragen werden soll, so geht es über. Der von den Parteien damit verfolgte Zweck ist nur ein rechtlich nicht zu beachtendes Motiv.

15) Linkelmann, Archiv für Bürgerl. Recht. Bd. 7. S. 211. 212.

Die in dem positiven Vertrage ausgedrückten dinglichen Rechtswirkungen sind mit allen ihren Konsequenzen gewollt, und ich kann mich deshalb der Ansicht Endemanns[16]) nicht anschliessen, dass bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte eine Divergenz zwischen der gewollten Rechtsfolge und den Wirkungen des vollzogenen Rechtsgeschäftes liegen soll. Indem die Parteien in ernster Absicht diesen Weg erwählten, wollen sie auch alle Rechtsfolgen desselben, und man kann in dieser Hinsicht bei dem fiduziarischen keine anderen Grundsätze gelten lassen, als bei dem gewöhnlichen Rechtsgeschäft. Alle Folgen brauchen die Parteien nie ausdrücklich zu wollen. Man muss hier dem Beispiel Kohlers[17]) von dem einmal abgeschossenen Pfeil zustimmen, dessen Wirkungen, weil der Schuss gewollt, als mitgewollt anzusehen sind, falls sich auch der Schütze nicht ganz genau darüber im Klaren war. Brauchbarer ist die Erklärung Lang's,[18]) dass wirkliche Absicht und äussere Erscheinung des Aktes nicht kongruent sind. Trotzdem man den dinglichen Vertrag ehrlich will und mit allen seinen Folgen gegen sich gelten lassen muss, trotzdem hat man die sichere Erwartung seine Wirkungen nicht gegen sich selbst verspüren zu müssen. Man baut auf die Ehrlichkeit des Fiduziars, dass er das ihm eingeräumte Recht nur in den Grenzen der ihm durch den negatorischen Vertrag auferlegten Beschränkung ausüben werde. Man könnte daher den Vertrag nur insoweit als gewollt betrachten, d. h. unter der Bedingung, dass der Fiduziar sich des Vertrauens würdig erzeigt. Diese Bedingung ist jedoch eine so ausserhalb des Rechtsgeschäfts liegende, dass sie in juristischer Beziehung nur als Motiv gelten kann, und es ist daher zutreffend, wenn behauptet wird, dass juristisch alle Folgen des weitergehenden Vertrages auch gewollt sind. Missbraucht der Fiduziar seine Vertrauensstellung, so kann ihn der Fiduziant daran nicht hindern, da der Fiduziar das ihm zustehende Eigentumsrecht ausübt.[19]) Dem in seinem Vertrauen getäuschten Fiduziant

16) Lehrb. d. B. G. B. Bd. I. S. 300.
17) Iherings Jahrb. Bd. XVI. S. 332.
18) Archiv für ziv. Praxis. Bd. 83. S. 336.
19) Über die strafrechtlichen Folgen weiter unten § 10.

steht höchstens ein Schadenersatzanspruch gegen den Fiduzianten zu, weil dieser es verhindert hat, dass der obligatorische Vertrag in Wirksamkeit trat, und somit der von den Parteien angestrebte Ausgleich stattfinden konnte. „Ein Missbrauch der Gewalt erzeugt nur obligatorische Verpflichtung zu Schadensersatz.“ [20])

Nach dem Gesagten ist daher als feststehend anzunehmen, dass der Fiduziar Eigentümer geworden ist, was heute fast allgemein anerkannt wird. [21])

Bei einer näheren Betrachtung der von den Parteien festgesetzten Bestimmungen muss man sich fragen, warum werden solche umständliche Anordnungen getroffen, und warum sagen die Kontrahenten nicht deutlich, was sie wollen?

Die Antwort lautet einfach dahin, weil:

1. entweder die Rechtsordnung den Parteien überhaupt keinen oder nur einen sehr umständlichen Weg zur Erreichung ihres Zweckes gewährt oder

2. es sind zwar passende Wege vorhanden, aber man sucht sie aus irgend welchen Gründen zu vermeiden, weil man andere Wege für den speziellen Zweck entsprechender hält.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft hat somit stets einen für es charakteristischen Zweck, und ich glaube, man kann es nur dann als ernst gewollt ansehen, wenn dieser Zweck nachweisbar oder auch nur wahrscheinlich ist. Das Recht ist nicht dazu da, um sinnlosen Gebilden Geltung zu verschaffen, und man wird aus der Zwecklosigkeit stets den Mangel des Eigentumsübertragungswillens folgern müssen.

Ausserdem wäre auch noch der Fall denkbar, dass die Parteien das Wort Eigentum falsch anwenden, indem sie es in seiner eingeschränkten Form nicht als Eigentum im technischen Sinn, sondern als Vollmacht betrachtet wissen wollten.

Meist wird jedoch der Zweck im fiduziarischen Rechtsgeschäfte leicht zu finden sein, und der von den Parteien gewünschte Erfolg wird eine Erklärung für das offenbar be-

20) Regelsberger, Pand. Bd. I. S. 518, derselbe in Endemanns Handbuch des Handels R. Bd. II. S. 409.

21) Leist. Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen. S. 79 ff. Mattiass. Lehrb. des B. G. B. Bd. I. S. 203. Regelsberger a. a. O. S. 518. Hellwig a. a. O. Crome System des Bürgerl. R. Bd. I. S. 333.

stehende Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel geben, und uns zeigen, weshalb man zur Erreichung eines bestimmten Erfolges eine Rechtsform gewählt hat, die mehr gewährt, als zur Erzielung dieses Erfolges erforderlich ist.

Dem Vertragsgegner sind hierbei mehr Rechte eingeräumt, als unbedingt nötig ist, zur Verwirklichung des fiduziarischen Zweckes.

Bei den gewöhnlichen Rechtsgeschäften wird der Gebrauch des stärkeren Mittels zu einem schwächeren Erfolg wohl selten vorkommen, doch ist das auch hier zulässig, sofern nur das neue Mittel kein unerlaubtes ist. Diese Ansicht wird zwar von Neumann[22]) bestritten, sie ist aber nichts destoweniger ohne Bedenken annehmbar. Ihr ist auch das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen gefolgt,[23]) unter der natürlich zu subsumirenden Voraussetzung, dass das schärfere Mittel auch ernstgemeint sei.[24]) Das hat es aber als so selbstverständlich angesehen, dass es sich eines weiteren Beweises enthebend sagt, es sei kein Grund vorhanden, warum nicht auch Eigentum zur Sicherung von Forderungen übertragen werden könne,[25]) und dass diese Absicht durch den Nebenvertrag nicht ausgeschlossen werde. Wie das Pfand nicht die einzige Form der Sicherstellung des Gläubigers ist, wie es noch „sichere“ Mittel hierfür giebt, die den wirtschaftlichen Zweck der Sicherung verfolgen können,[26]) so kann auch zur Erreichung eines anderen beliebigen Zweckes ein weitgehendes Mittel gewählt werden, das gleichmässig für und gegen die Parteien wirkt.[27])

Worin besteht nun aber der Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts?

Um ihn zu finden, müssen wir das juristische Gebiet verlassen und uns klar werden, dass das fiduziarische Rechtsge-

22) Arch. für Wechsel u. Handels R. Bd. 34. S. 86.

23) R. G. Bd. 13. S. 202 24 S. 162. 26. S. 182.

24) R. G. Bd. 24. S. 45, was natürlich der freien richterl. Würdigung unterliegt.

25) R. O. H. G. Bd. III S. 435, 19 S. 132, 23 S. 186.

26) Seuff A. Bd. 36 Nr. 101. Bd. 41. Nr. 86.

27) Bestritten von Davidsohn in Gruchots Beitr. Bd. XVIII. S. 25; wie hier Cosack Lehrb. des Bürgerl. Rechts Bd. I. S. 205. (1. Aufl.)

schäft ausser juristischen Momenten wirtschaftlich-ökonomische Gesichtspunkte in juristische Formen zu bringen sucht. Das Motiv zu dem ganzen umständlichen Apparat liegt auf ökonomischem Boden,[28]) und die Parteien suchen einen wirtschaftlichen Zustand herzustellen, zu dessen Begründung ihnen passende Rechtssätze augenblicklich nicht verhelfen können.

Man wählt deshalb einen Umweg, man sucht den Erfolg mit den gegebenen Rechtsmitteln so gut es eben geht, zu erreichen durch die Verbindung anscheinend widersprechender Rechtsgeschäfte. Man will dabei, wie Kohler sagt, „die Folgen des gewählten Weges, man will sie aber nur zu ökonomischen Zwecken, welche dem Geschäft selbst oder seinen Rechtsfolgen nicht homogen sind." Die Parteien bringen in das fiduziarische Rechtsgeschäft ein wirtschaftliches Moment hinein, das ihnen die Hauptsache ist, das aber bezüglich der juristischen Beurteilung ganz nebensächlich bleibt. Der sozusagen wirtschaftliche Wille soll in juristische Formen gegossen werden, um kräftiger und beständiger zu sein, was aber nie vollständig gelingt. Doch die Parteien nehmen alle Unannehmlichkeiten mit in Kauf, sie setzen sich der Gefahr des streng wirkenden dinglichen Vertrages aus, in der festen Zuversicht der negatorisch obligatorische Vertrag gelange, wie vorgesehen, zur Wirksamkeit und stelle damit das angestrebte wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Parteien wieder her.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft in seiner Totalität ist daher ein wirtschaftlich kausales Geschäft, da es wie nochmals betont werden soll, in seiner Totalität stets erkennen lässt, welchen wirtschaftlichen Erfolg die Parteien durch dasselbe anstreben und warum es benutzt worden ist. In wie weit dies den Parteien gelingt, ist eine andere Frage. Es unterscheidet sich aber vom wirtschaftlich abstrakten Rechtsgeschäft dadurch, dass sich aus letzterem die ökonomische Funktion des Rechtsgeschäftes nicht erkennen lässt. Hier soll dagegen das wirtschaftliche Moment als Schöpferin des fiduziarischen Rechtsgeschäftes unter Benutzung der zur Verfügung stehenden juristischen Formen möglichst in den Vordergrund

28) Kohler a. a. O., S. 141.

gedrängt werden. Freilich erreichen die Parteien diesen Zweck nicht insoweit, dass die wirschaftliche causa im stande wäre, die Natur des gewählten juristischen Mittels zu ändern, und um dies zu erreichen, wenigstens für das Verhältnis untereinander, schliesst man den obligatorischen, sozusagen rein wirtschaftlichen Vertrag ab. Absicht und Zweck decken sich nicht.[29]) Erstere stellt den juristischen Teil des Geschäftes dar, die Eigentumsübertragung. Letzterer das Endziel, das die Parteien durch ihre Machinationen erreichen wollen. Sowie die Absicht ernst ist, ist sie allein ausschlaggebend auch, wenn ein anderes, als das beabsichtigte Rechtsgeschäft bezweckt ist.

„Kauf bleibt Kauf, wenn auch um einen Spottpreis gekauft wird.“[30]) In dem wirtschaftlich abstracten Rechtsgeschäft drückt sich wohl die wirtschaftliche Funktion (nicht wie Kohler meint „in“ sondern) trotz der Geschäftsform deutlich aus, aber die juristischen Formen geben dem Rechtsgeschäft den Charakter, und werden nicht durch die wirtschaftliche Funktionen verdrängt.

Ebenso bleibt ein Kauf ein Kauf, wenn bei dem Verkauf ein pactum de retroemendo abgeschlossen ist. Dies hat mit dem Kauf an und für sich juristisch nichts zu thun. Wenn derselbe nur ernst gemeint ist, so kommt er auch zu stande, und die Befugnis des Rückkaufs ist eine Sache für sich, aus der nie geschlossen werden darf, dass in Wahrheit Eigentum nicht übergehen soll, wie das eine Seuff Arch, Bd. 36 Nr. 100 mitgeteilte Entscheidung thut. Ebenso unrichtig ist es, wenn genannte Entscheidung darin einen Verstoss gegen l. 80 3 de contrahenda emptione 18 1 erblickt. Sie hat sich damit auf den Standpunkt gestellt, das Geschäft sei in Wahrheit doch simulirt, was unbedingt zu verwerfen ist. Deshalb ist auch eine Berufung auf lex 80 3 unangebracht, da durch die Worte „de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat“ das Vorhandensein einer Simulation klar ausgesprochen ist. Auch ist der Ansicht nicht beizustimmen, dass ein verum pretium nicht vorhanden sei,[31]) da die Kaufgeldforderung von einer Inanspruchnahme des

29) Örtmann a. a. O. S. 77.
30) Kohler a. a. O. S. 141.
31) Seuff. A. Bd. 14 Nr. 90.

Schuldners durch einen Dritten abhängig gemacht ist. Ebenso, wie es möglich ist, die Kaufgeldforderung von einer Bedingung abhängig zu machen und der Kaufpreis trotzdem ein verum pretium bleibt, da er noch nicht bestimmt, wohl aber bestimmbar ist, ist es auch möglich ihn von einer anderen Thatsache abhängig zu machen.

Richtig entscheidet Seuff Arch. Bd. 7 Nr. 282 in scharfer Trennung zwischen wirtschaftlicher und juristischer Tendenz. „Für das Wesen des Kaufvertrages ist der besondere beabsichtigte Zweck gleichgültig. Der Kauf ist hier an Stelle eines Darlehens und dem steht rechtlich nichts im Wege . . ., sofern die pacta adjecta der rechtlichen Natur des Hauptgeschäftes nicht widerstreben und dabei nicht ein frauduloses Umgehen anderer Gesetzesvorschriften stattfindet.“ [32])

Die eben angeführte Art von fiduziarischen Geschäften ist von dem reinen Kauf auf Wiederkauf verschieden in betr. der Gefahrtragung und darin, dass wie Dernburg [33]) bemerkt, „bei der fiducia der Schuldner die Pflicht hat zu zahlen, beim Kauf auf Wiederkauf, der Empfänger des Geldes nur das Privileg die verkaufte Sache auszulösen.“ Die Zahlung ist hier Vergünstigung, nicht Verpflichtung.

§ 8.

Verhältnis zwischen Wirtschaft und Recht im Rechtsgeschäft, speziell im fiduziarischen.

Da in dem fiduziarischen Rechtsgeschäft eine Vermischung wirtschaftlicher und rechtlicher Begriffe stattfindet, ist es nötig das Verhältnis zwischen Wirtschaft und Recht in dem Rechtsgeschäfte festzustellen.

In dem Rechtsgeschäft, das man als das normale bezeichnen kann, fallen beide Begriffe zusammen; Form und Zweck decken sich. Bei andern zeigt sich ein Zwiespalt zwischen der juristischen Form und dem wirtschaftlichen Zweck, was darin be-

32) in gleichem Sinne äussert sich R. G. Bd. XIII S. 204 und Seuff. Arch. Bd. 36. Nr. 101, im Gegensatz zu Seuff. A. Bd. 10. Nr. 243, das Simulation annimmt, und Dreyer a. a. O. S. 451 u. das dort Angeführte.

33) Pfandrecht Bd. I. S. 13.

gründet ist, dass uns das Recht in seinen Erscheinungsformen sozusagen nur für den gewönlichen Fall zugeschnittene Formulare gewährt, nach denen wir unsere wirtschaftlichen Bedürfnisse befriedigen sollen. Es ist durch diese bedingt, die vor ihm da waren, um derentwillen es überhaupt entstanden, von denen es aber als einmal Bestehendes unabhängig geworden ist.

Meist genügen diese Formulare, thun sie das jedoch nicht, so entsteht ein Zwiespalt zwischen Wirschaft und Recht, ein Zustand, der keinesfalls ein normaler genannt werden kann.

Zu seiner Erklärung gibt es nur zwei Alternativen, entweder ist das Recht lückenhaft, oder das an und für sich brauchbare Gesetz wird von den Rechtsgenossen missbraucht. Im letzteren Fall handelt es sich um Betrug, im ersteren um eine Art Selbsthilfe, wie wir sie oft in der Geschichte des römischen Rechts treffen.[34])

Die notwendigen Bedürfnisse können nicht in der rechtlich anerkannten und gewünschten Weise befriedigt werden, weshalb man mit den zu Gebote stehenden Mitteln den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg möglich zu machen sucht.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft wird daher hauptsächlich dann blühen, wenn das Recht lückenhaft ist, den Anforderungen der Zeit nicht entspricht wegen Starrheit und Unbeweglichkeit, oder wenn das Recht in manchen Punkten Schwierigkeiten macht, die man unangenehm empfindet.

Entweder geht dann das Recht energisch gegen diese Umgehung vor, weil sie zur Verletzung des Gesetzes beiträgt und vernichtet sie, oder aus dem fiduziarischen Rechtsgeschäft entwickelt sich eine neue Rechtsnorm. Ein neuer wirtschaftlicher Begriff ist auf diesem Wege in das Recht eingeführt und von ihm sanktionirt worden. Beispiele dieser Art bietet das römische Recht in Fülle. Das Vorhandensein von fiduziarischen Geschäften zeigt aus diesem Grunde stets einen Zustand der Entwicklung, der Unzufriedenheit an, ausgehend von dem wirtschaftlichen Gebiete, um von ihm aus Einfluss auf das juristische zu gewinnen.

34) Vergl. Ihering Geist des R. R. Bd. III § 57.

Nur bei einem klaren Verständnis der hauptsächlich von Kohler begründeten Ansicht, nämlich der Thatsache, dass im fiduziarischen Rechtsgeschäft juristische und wirtschaftliche Momente gemischt sind, lässt sich die wahre Natur dieses Geschäftes finden. Nach meiner Ansicht nimmt es sozusagen eine Mittelstellung zwischen dem simulirten und dem wahren Rechtsgeschäft ein, mit beiden gemeinsames habend, und sich von beiden unterscheidend. Zur Begründung dieser Ansicht gehe ich von dem unbestreitbaren Satze aus, dass jedes Rechtsgeschäft eine wirtschaftliche und eine juristische Seite hat. Erstere kommt durch die letztere zum Ausdruck, ohne dass diese, wenn sie einmal gebraucht, von der wirtschaftlichen Seite abhängig ist. Die spätere Unabhängigkeit beweist aber nicht, dass bei jedem Rechtsgeschäft rechtliche und ökonomische Funktionen sich decken, sondern sie beweist nur deren Inferiorität für das Rechtsleben, das sich nach festen einmal endgültig aufgestellten Rechtsnormen richten muss.

Im normalen, ernstlich gewollten, vollgültigen Rechtsgeschäft ist es auch ganz einerlei, welche Seite die stärkere Kraft hat, da beide konform sind. Das beiderseitige wirtschaftliche Bedürfnis z. B. des Kaufens und Verkaufens findet in den gesetzlichen Vorschriften über den Kauf die ihm zusagenden Formen zur Befriedigung.

Daher ist im gewöhnlichen Geschäfte die wirtschaftliche und die juristische Seite ernst gemeint und gewollt.

Anders verhält es sich bei der Simulation. Hier wollen die Parteien nicht den Erfolg, den sie kundgeben in wirtschaftlicher Beziehung; der angebliche Eigentumsüberträger soll in jeder Beziehung Eigentümer bleiben, weil man auch nicht in juristischer Beziehung das Geäusserte will. Das zeigt der dem Geschäfte beigefügte Nebenvertrag, der wie gezeigt, das Element der Simulation enthält.

Man simulirt also beim simulirten Geschäft in juristischer und wirtschaftlicher Beziehung.

Dazwischen steht das fiduziarische Rechtsgeschäft, ein Gemisch von Wahrheit und Schein. Wirtschaftlich soll der Fiduziar nicht Eigentümer sein, sein Vermögen soll nicht um die Sache bereichert werden, worin doch der normale Zweck der Tradition

besteht. Der Fiduziant betrachtet sich als eigentlichen Herrn der Sache, die ihm doch wieder zufallen muss. Vor allem in dem negatorisch-obligatorischen Vertrag kommt diese wirtschaftliche Gesinnung zum Ausdruck (um derentwillen er allein abgeschlossen), hier spricht man von Leihe, Miete, Vollmacht, in ihm fühlt sich der Geber als Eigentümer.

Juristisch soll dagegen der Fiduziar Eigentümer sein; dazu ist der positiv-dingliche Vertrag geschlossen, den man, wie gezeigt, mit allen vor- und nachteiligen Folgen gewollt hat, um den wirtschaftlichen Zweck, um dasjenige, was man in ökonomischer Beziehung will, zu verheimlichen. Man wählt dazu ein stärkeres Mittel als man nötig hat, man stattet den Fiduziar mit grösseren Machtbefugnissen aus, nur um den wirtschaftlichen Zweck zu verdecken. Genau wie bei der wahren Simulation sagen die Parteien, B soll Eigentümer sein, denken sich aber dabei, dass er wirtschaftlich nur Pfandnehmer u. s. w. werden solle. Daher ist das fiduziarische Geschäft kein Spiel mit offenen Karten, wie Regelsberger[35]) sagt, es trifft das nur für die juristische Seite zu, die ernstgewollt und vollgültig ist; wirtschaftlich liegt eine Simulation resp. Dissimulation vor.

Ähnliche wie die hier ausgeführten Ansichten finden sich manchmal angedeutet, ohne dass man genau nachweisen kann, dass die grundlegende Trennung zwischen der wirtschaftlichen und juristischen Seite des fiduziarischen Rechtsgeschäftes streng durchgeführt ist. So nennt z. B. eine Entscheidung[36]) das fiduziarische Rechtsgeschäft „unechte Simulation“ und eine andere behauptet,[37]) aus der Simulirung des Kaufvertrages folge nicht eine Simulirung des Eigentumsübergangs.

Man erkennt in diesen Entscheidungen den Satz an, dass bei einer Divergenz zwischen Wirtschaft und Recht in juristischer Beziehung allein das Letztere entscheidet. Folglich muss in dem fiduziarischen Rechtsgeschäft nur der dingliche, das juristische Moment enthaltende Vertrag gelten. Er ist unantastbar, und wenn die eine Partei auf ihn gestützt handelt, so han-

35) Arch. für ziv. Prax. Bd. 63. S. 171.
36) R. O. H. G, Bd. 6. S. 61.
37) Seuff. Archiv. Bd. 41. No. 85.

delt sie in vollem Recht, und kann sich selbst der andern Partei gegenüber nicht auf die wirtschaftliche Simulation berufen und geltend machen, die tradirte Sache gehöre zu ihrem Vermögen.

Durch diese Trennung des juristischen und wirtschaftlichen Charakters bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft, lassen sich alle Rechtswirkungen desselben ungezwungen erklären. Es ist danach sofort klar, dass für Dritte, die den Fiduziar für den Eigentümer halten, die wirtschaftliche Simulation nicht in Betracht kommt, genauso wie bei der „echten" Simulationin den Fällen, wo der gutgläubige Dritte den Schutz des guten Glaubens geniesst. Aber auch derjenige Dritte, der den ganzen Sachverhalt kennt, darf sich allein auf den dinglichen Vertrag berufen, ohne dass ihm der Fiduziant eine Teilnahme an der Simulation entgegenhalten und den Eigentumsübergang auf den Fiduziar als nichtig erklären könnte.

Juristisch ist an dem Geschäfte eben Alles in Ordnung — in wirtschaftlicher Beziehung könnte man das vielleicht nicht behaupten. Doch das wirtschaftliche Motiv berührt das Rechtsgeschäft nicht, und man sieht, dass die juristische Seite vorwiegend ist, falls sie erlaubt und gewollt.

Aus diesen wechselseitigen juristischen und wirtschaftlichen Beziehungen ergiebt es sich auch, warum der obligatorische Vertrag neben dem dinglichen seine Bedeutung behält. Ebenso wie Viele im Interesse des von den Parteien angestrebten Zweckes den obligatorischen Vertrag allein gelten lassen wollen, ebenso und noch mit mehr Berechtigung könnte man den Letzteren bei Annahme der Gültigkeit des Ersteren für überflüssig halten.

Leist[38]) giebt auf Grund der l. 13,1 de praescriptis verbis 19,5 dem Fiduzianten eine actio praescriptis verbis, um den Fiduziar zur Erfüllung des Nebenvertrags zu zwingen und folgert daraus das Vorhandensein einer Klage für das heutige Recht. Wie diese Klage näher bezeichnet werden soll, ist nebensächlich und ergiebt sich aus dem Zweck der Fiduzia. Der Empfänger der Sache ist jedenfalls Eigentümer, weil er es sein soll, und der anscheinend nebensächliche obligatorische Vertrag ist auch vor der Hand völlig belanglos. Er tritt erst in volle Wirksamkeit,

38) a. a. O. S. 84.

wenn der von den Parteien bestimmte, meist in einem ferneren Zeitpunkte liegende Moment eingetreten, wenn der wirtschaftliche Ausgleich, dessen Abwicklungsart durch ihn in rechtliche Form gekleidet ist, stattfinden soll.

Vorher gilt hauptsächlich nur der positive Vertrag, und darin, dass der Fiduziar diese Stellung nicht den Bestimmungen des Nebenvertrags zuwider ausnutzt, liegt die Fiduzia, das Vertrauen zu seiner Loyalität. Durch das starke Hineinspielen wirtschaftlicher Momente können wir zu einem Punkte gelangen, wo juristische Hülfsmittel zur Durchführung der Parteiintentionen versagen müssen.

Dies Ergebnis ist weit davon entfernt bedauerlich zu sein, es ist nur eine durchaus notwendige Konzession der Wirtschaft an ein logisch aufgebautes, systematisch durchgeführtes Recht.

Ein gewissenhafter Richter wird beide Verträge berücksichtigen müssen, aber nur unter Zugrundelegung des dinglichen, wie auch Leist a. a. O. betont.

Meist wird das auch dem Willen der Parteien am nächsten kommen, die das fiduziarische Rechtsgeschäft gewählt haben, um so betr. der Haftung, Gefahrtragung u. s. w. andere Grundsätze gelten zu lassen, als sie bei dem gewöhnlichen Auftrag, Pfandvertrag u. s. w. gelten.

§ 9. Das sog. fiduziarische Eigentum.

In den bisherigen Betrachtungen habe ich von einem Eigentumsübergang schlechthin bei der fiduziarischen Tradition gesprochen, ohne auf die Frage näher einzugehen, was für ein Eigentum übergegangen sei. Auf Grund der abstrakten Natur der Tradition kann es, wie gezeigt, nicht zweifelhaft sein, dass ein Eigentumsübergang stattgefunden hat, doch ist die Natur dieses Eigentums in Theorie und Praxis sehr umstritten.

Viele sehen in dem sog. fiduziarischen Eigentum eine ganz besondere Art von Eigentum, das beschränkt ist, und ihm speziell zukommende Wirkungen hat. Dass das fiduziarische Eigentum Beschränkungen (im weitesten Sinne gebraucht) aufzuweisen hat, gehört ja direkt zu seinem Wesen und es fragt sich nur, ob diese Beschränkungen derartig sind, dass durch sie etwas an dem Wesen des Eigentums geändert werden kann.

Im engern Sinn kann man von Eigentumsbeschränkungen nur insoweit reden, als dasselbe durch ihm gleichwertige d. h. dingliche Rechte geschmälert wird. Aber selbst von ihnen ist anerkannt, dass sie das Wesen des Eigentums als der höchsten Gewalt über eine Sache nicht zu ändern vermögen, weil sie sich sämmtlich aus dem Eigentum ableiten. Verdrängen können sie dasselbe aber nie, da das Eigentum selbst in der blossen Anwartschaft für den Fall des Aufhörens der iura in re als nudum dominium weiter besteht, wobei dem Eigentümer thatsächlich sämmtliche Eigentumsbefugnisse genommen sind.

Das fiduziarische Eigentum ist jedoch noch nicht einmal in diesem engeren Sinn beschränkt, da jegliche dingliche Gebundenheit des Fiduziars fehlt. Wenn man trotzdem das fiduziarische Eigentum als minderwertig ansieht, so beruht das auf einer Verwechslung rechtlicher und wirtschaftlicher Begriffe. Indem man einerseits die juristischen Konsequenzen des Eigentumsbegriffs nicht entbehren wollte, andererseits aber auf wirtschaftlichen Gesichtspunkten beruhende „Billigkeitsrücksichten“ anzubringen suchte, kam man auf den Gedanken einer Spaltung des Eigentums.

Analog älteren Ansichten[39]) teilte man das Eigentum nach seinen Wirkungen zwischen den Kontrahenten und gegen Dritte, und sagte, nach Aussen ist der Fiduziar Eigentümer, nach Innen ist er es nicht, sondern nur das, was ihm der Nebenvertrag zuerkennt.[40]) Da der Fiduziar nicht zugleich Eigentümer und z. B. Bevollmächtigter sein kann, so glaubte man sich dadurch helfen zu können, dass man ihn im Verhältnis zum Fiduzianten Bevollmächtigten, sonst Eigentümer sein liess.

39) z. B. Tigerström, Dotalrecht Bd. I S. 202, der ein nur prokuratorisches Eigentum des Mannes an der dos annimmt.

40) Staub, Kommentar zur W. O. S. 65, Senff, A. Bd. 25 Nr. 164 27 Nr. 252. Crome System des bürgerl. Rechts. Bd. I S. 234. Enneccerus-Lehmann Lehrb. des B. G. B. Bd. I S. 218, der in der 2. Auflage (1900) Bd. I S. 242, die Spaltung des Eigentums zu Gunsten einer Trennung zwischen juristischer und wirtschaftlicher Stellung det Fiduziars aufgegeben hat.

Dem ist jedoch entgegenzustellen, dass der Fiduziar nie „zugleich“ beide Eigenschaften hat, da er wahrer Eigentümer geworden, und seine Vollmachtsstellung erst beim Aufhören der Ersteren wirksam wird.

Durch eine derartige Trennung ist auch m. E. wenig gewonnen. Ein neuer Begriff ist damit nicht eingeführt; man hat nur bestehende, klar ausgesprochene Rechtsverhälnisse verdunkelt. Man hat durch die Trennung von innerem und äusserem Verhältnis den Fiduziar auf die Stufe eines Bevollmächtigten degradirt. Dass er sich Eigentümer nennen darf, aber keiner ist, hat wenig Bedeutung für ihn. Die Anhänger derartiger Ansichten führen hier den Begriff des Eigentums nicht durch, und es spielt eine Verwechslung mit dem Begriff Vermögen herein, die vom Standpunkt des Fiduzianten aus gerechtfertigt erscheint.[41]) Es ist dieselbe Unklarheit, die man im alten deutschen Recht bezüglich der Begriffe Eigentum und Vermögen findet,[42]) und hat an beiden Stellen die gleiche Ursache, nämlich die unzulässige Beurteilung juristischer Gebilde nach wirtschaftlichem Massstab. Für das die rein thatsächlichen Zustände berücksichtigende deutsche Recht[43]) mögen derartige Unterschiede belanglos gewesen sein. Vermögen und Eigentum waren in den Augen der Volksgenossen kongruente Begriffe, aber das heutige feiner ausgebildete und mehr differenzirte Recht unterscheidet zwischen beiden.

Mag auch der Fiduziant die ihm wirtschaftlich gehörende Sache als die Seine ansehen, so muss er in analoger Anwendung allgemeiner Grundsätze die Nichtbeachtung dieser Thatsache gegen sich gelten lassen, da er zwecks ihrer Verheimlichung den gefährlichen Weg der (wenn auch nur wirtschaftlichen) Simulation beschritten hat Dies gilt abweichend von den Regeln

41) Auch in Art. 9 der Preuss. Verfassung ist das Wort Eigentum offenbar in der Bedeutung Vermögen gebraucht, und das R. G. stellt sich meist auf denselben Standpunkt z. B. Bd. 45 S. 80. Seuff A. Bd. 23, Nr. 61, Bd. 55 Nr. 191.

42) Vgl. System des Deutschen Priv. R. Gerber-Cosack (17. Aufl.) S. 127/128.

43) Gerber-Cosack a. a. O. S. 107/108.

der Simulation auch im Verhältnis zu seinem Mitkontrahenten. Der Fiduziar ist auch für den Fiduzianten Eigentümer geworden und dadurch, dass der Erstere den obligatorischen Vertrag kennt, ist er nicht Mitwisser einer auch für ihn den dolus begründeten Handlungsweise, sondern er kennt eine für die Tradition ganz nebensächliche Thatsache.

Eine Trennung der rechtlichen Stellung nach Aussen und nach Innen ist danach ausgeschlossen, da sie nur bei obligatorischen Verhältnissen möglich ist. Nur insoweit — also nur mit Rücksicht auf den Nebenvertrag — ist im fiduziarischen Rechtsgeschäft ein Innen und ein Aussen anzuerkennen, und nur insoweit ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass das Recht des Fiduziars ausschliesslich den Zwecken des Fiduzianten dienen soll.

In obligatorischer Beziehung steht der Fiduziar dem Fiduzianten ganz anders gegenüber, eine Thatsache, die den dinglichen Vertrag nicht zu berühren vermag. Dies zeigt sich am klarsten daraus, dass, wenn der in dem Nebenvertrag angestrebte Zweck erfüllt ist, das Eigentum nicht ipso iure an den Fiduzianten zurückfällt, sondern dass dieser seinen Gegner nur obligatorisch zur Vornahme der Rückübertragungshandlung nötigen kann, zu deren Ausführung der Fiduziar ausserdem nur noch durch Rücksichten des Anstandes verbunden ist.

Eine Teilung des Eigentums gibt es aber nicht; juristisch kommt vor der Hand nur der dingliche Vertrag in Betracht. Aus dem obligatorischen Vertrag kann nie, sofern Erlaubtes erstrebt wird, ein Schluss auf den dinglichen gezogen werden, auch dann nicht, wenn in ihm genau angegeben ist, wie weit der Fiduziar in der Geltendmachung seines Rechts gegenüber dem Fiduzianten beschränkt sein soll.[44]) Die Eigentümerqualität des Fiduziars zu läugnen, weil die Ausübung dieses Rechtes vertragsmässig geregelt, und damit nicht der sonst gebräuchliche Sinn mit dem Worte Eigentum verbunden werden könne, ist ein Unding. Wer einen anderen zum Eigentümer machen will, der thut das und gebraucht dabei diesen Ausdruck, weil er

44) Das thut Seuff. A. Bd. 36, Nr. 99.

weiss, was er damit ausdrückt. Er gebraucht einen gangbaren Begriff, ohne sich auf eine ausdrückliche Betonung einzulassen, dass er wirklich Eigentum meine, und ohne dessen einzelne Wirkungen genau zu substanziiren. Es ist deshalb verfehlt, aus einem derartigen Mangel auf einen Mangel des Traditionswillens schliessen zu wollen.

Ebenso irreführend ist die Anschauung der Fiduziar sei nicht „unbedingter“[45]) — soll wohl heissen nicht für alle Zeiten bleibender — Eigentümer, der nur berechtigt sein soll wie ein Eigentümer aufzutreten. Ob damit der Eigentumsübergang als simulirt bezeichnet werden soll, ist nicht ersichtlich.

Relatives Eigentum, das nach innen und aussen verschiedene Wirkungen ausübt, gibt es nicht, es ist das eine Unterscheidung, die gegen die Fundamentalsätze unsres Rechts verstösst.[46]) Entweder ist jemand Eigentümer, oder er ist es nicht; ein Mittelding, eine nur nominelle Eigentümerstellung bestimmten Personen gegenüber ist nicht anzuerkennen. Eigentum ist Eigentum gegen Jedermann[47]) und das fiduziarische Eigentum ist kein besonderes Eigentum, mithin ist die gewöhnliche Bezeichnung als „fiduziarisches“ streng genommen falsch.

Dass die Vertreter anderer Ansichten zu ihrem Resultat meist nicht auf Grund einer einheitlichen Auffassung des fiduziarschen Rechtsgeschäfts gekommen sind, sondern mehr in Beurteilung des einzelnen Falles dem Zuge der Billigkeit folgend, beweist Dernburg. Er erkennt[48]) bei der dos das richtige Verhältnis zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen, indem er sagt: „obwohl die dos juristisch im wahren Eigentum des Mannes steht, ist sie doch nach der Auffassung des Lebens Frauenvermögen. Hierin liegt eine Quelle von Rechten für die Frau. Diese treten vorzugsweise nach Auflösung der Ehe hervor.“ Das sind doch genau dieselben Rechtsverhältnisse, wie bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte, bei dem er vorher[49]) die Spaltung des Eigentums befürwortet.

45) Seuff Arch. Bd. 49 Nr. 113.

46) Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 16 S. 539 und ebendas. S. 646.

47) Leist a. s. O. S. 82. Lang a. a. O. S. 342. Förster-Eccius Preuss. Priv. R. Bd. II, S. 134. Werthauer a. a. O. S. 622.

48) Pandekten Bd. III, S. 37.

In allerneuester Zeit hat sich Wilutzky [50]) zu dieser Frage geäussert. Im Allgemeinen stimmt er den hier aufgestellten Prinzipien bei, gelangt jedoch trotzdem zu dem Resultat, dass fernstehende Dritte sich nicht an den sie nicht bindenden dinglichen Vertrag zu kehren brauchen. Für das von Wilutzky gewählte Beispiel, den Sekuritätsverkauf, mag das gelten, jedoch nicht in seiner Eigenschaft als fiduziarisches, sondern als zur Gesetzesumgehung bestimmten Rechtsgeschäfts. Hier liegt die Mimicry vor, und hier ist es erlaubt, sich „an den wahren Körper des Insekts zu halten und das bunte Flügelkleid nicht zu respektiren." Es ist aber nicht statthaft von diesem einzelnen Fall aus, der ein agere in fraudem legis enthält, allgemeine Grundsätze für das fiduziarische Rechtsgeschäft überhaupt abzuleiten.

§ 10. Die strafrechtlichen Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

Bedeutungsvoll wird die Frage, ob der Fiduziar Eigentümer ist, oder nicht, oder ob er es nur nicht dem Fiduzianten gegenüber sei, wenn der Fiduziar treulos handelt, und gegen den Willen des Fiduzianten mit der Sache verfährt, sie vorsätzlich zerstört, sie für sich behält, oder weiter verkauft. Die Anhänger eines in seinen Wirkungen gespaltenen Eigentums sehen darin eine strafrechtlich zu ahndende That der Sachbeschädigung oder der Unterschlagung durch den Vertrauensbrecher. Man begründet auch diese Ansicht unter einseitiger Betonung der wirtschaftlichen Seite des Rechtsgeschäfts damit, dass man sagt, der Fiduziar wusste, dass er im Verhältnis zu dem Fiduzianten (also wirtschaftlich) nicht Eigentümer sein sollte. Er musste sich daher als Verwalter fremden Gutes betrachten, und begeht durch das Behalten u. s. w. der Sache eine unter § 246 St. G. B. fallende Unterschlagung. [51])

Aus dieser Begründung erkennt man die in rechtliche Form gebrachte Reaktion gegen das durch den Fiduziar verletzte An-

49) Pandekten Bd. I, S. 236.

50) Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1901, S. 20 ff.

51) Enneccerus-Lehmann a. a. O. Staub Kommentar zu W. O. S. 68 Bernstein. W. O. S. 113 u. dort. Angef.

standsgefühl; da das Recht die Moral im Stiche lässt, sucht man sich dadurch zu helfen, dass man den Fiduziar so behandelt, wie er es seiner Gesinnungsweise nach verdiente, rechtlich aber nicht verdient.

Dernburg,[52]) der ebenfalls in der Verwendung des Anvertrauten durch den Fiduziar zu eigenem Nutzen eine Unterschlagung sieht, begründet diese Meinung durch eine Entscheidung des Reichtsgerichts in Strafsachen Bd. 3 S. 344, die jedoch gar nicht von fiduziarischer Eigentumsübertragung handelt, sondern von Simulation, wie schon Lang[53]) nachgewiesen hat.[54])

Die richtige Ansicht über die Behandlung derartiger Fälle ist nach unserer Meinung über das fiduziarische Rechtsgeschäft von selbst gegeben. Der Fiduziar übt das ihm zustehende eigne Recht aus, eine Eventualität, auf die sich der Fiduziant gefasst machen musste, die er jedoch um des zu erreichenden Zweckes willen, nicht umgehen konnte und wollte.

Als einziger Schutz bleibt ihm der obligatorische Vertrag, der ihm aber unter Umständen nie zu seinem Eigentum verhelfen wird, sondern ihm höchstens einen Schadenersatzanspruch gegen den Fiduziar gewährt. „Durch den Uebergang des Eigentums an den Gewahrsaminhaber wird die Möglichkeit einer Unterschlagung unbedingt ausgeschlossen, mag auch eine persönliche Verpflichtung zur Rückgabe oder zur Verwendung nach einer ganz bestimmten Richtung hin bestehen".[55])

Jede Strafrechtswidrigkeit des treulosen Handelns des Fiduziars ist ausgeschlossen, und ich kann Werthauer[56]) nicht beistimmen, der in diesem Fall dem § 266 2 St. G. B. angewandt wissen will. Wenn der sog. Bevollmächtigte in Wahrheit Eigentümer der Sache ist, so kann seine vertragswidrige Verfügung keine Untreue sein, „da die Forderungen bez. Vermögensstücke,

52) Pandekten Bd. I S. 236.

53) a. a. O. S. 343.

54) Trotzdem ist diese Begründung in der neuesten Aufl. Dernburgs von 1900 wiederzufinden u. auch von Crome a. a. O. übernommen worden.

55) Liszt Lehrb. des Str. R. S. 465,

56) a. a. O. S. 660.

welche § 266 2 im Auge hat, dem Auftraggeber eigentümlich zustehen müssen."[57])

Als das Resultat der obigen Betrachtungen kann man angeben: Das fiduziarische Eigentum ist kein besonderes Eigentum und unterscheidet sich von dem gewöhnlichen in keiner Beziehung,[58]) weshalb der Begriff des fiduziarischen Eigentums genau genommen verwirrend ist.

§ 11. Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zu dem agere in fraudem legis.

Im Anschluss an diese Ausführungen erübrigt es noch in kurzen Worten das Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zu einen ihm nahestehenden Rechtsgebilde, dem rechtsgeschäftlichen Schleichweg, zu betrachten.

Um es gleich vorauszuschicken, ein grundlegender Unterschied besteht zwischen ihnen nicht. Beide sind ernstlich gewollt, und der eingeschlagene Weg ist gewählt, indem man alle aus ihm resultirenden angenehmen wie unangenehmen Folgen zu tragen gewillt ist, und weil man durch die Form einen nicht direkt in ihr liegenden ökonomischen Erfolg zu erreichen sucht.

Auch hier besteht eine Simulation des Zwecks bei Ernstlichkeit des gewählten juristischen Mittels. Das Rechtsgeschäft in fraudem legis wird daher meist auch den positiv dinglichen und den negatorisch-obligatorischen Vertrag enthalten. Ob ein solches Geschäft ein fiduziarisches oder ein zur Gesetzumgehung bestimmtes ist, hängt von der rein äusserlichen Thatsache ab, nämlich der Tendenz des betr. Gesetzes, das den durch den Schleichweg erstrebten Erfolg materiell, und nicht nur formell zu verhindern sucht.[59]) Erst hierdurch wird das Rechtsgeschäft nichtig.

Dass das zu umgehende Gesetz diese materiell verhindernde Kraft hat, und dass die Parteien eine Umgehung beabsichtigen, ist

---

57) Rüdorff Commentar des St. G. B. S. 596 u. Liszt a. a. O. S. 477.

58) Anders steht es freilich mit dem Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, das seiner Natur nach eine gesonderte Stellung einnimmt.

59) Mathiass Lehrbuch des bürgerl. R. Bd. I S 203. Kohler a. a. O. S. 144. Hellwig a. a. O. S. 170.

ihnen stets nachzuweisen,[60]) andrenfalls das Rechtsgeschäft ev. als fiduziarisches anzusehen wäre.

Die Grenze zwischen beiden Arten ist nicht feststehend, und kann nur gefunden werden auf Grund genauer Kenntnis des Gesetzes und seines Zwecks. Jedenfalls muss das Eine betont werden, dass aus dem Umstand allein, weil auf einem Umweg ein praktischer, ausserhalb des Rechtsgeschäfts liegender Zweck erstrebt wird, ein agere in fraudem legis nicht angenommen werden darf.[61]) Praktisch wird diese Frage vor allem bei der Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken bezgl. des Verbots der Bestellung einer Mobiliarhypothek.[62]) Ob und in wie weit bei derartigen Verträgen eine fraus anzunehmen sei, ist sehr bestritten, doch braucht in dieser Abhandlung nicht näher darauf eingegangen zu werden, da nur die Feststellung der allgemeinen Prinzipien beider Arten von Rechtsgeschäften in ihren Rahmen fällt.

Bemerkt sei nur noch, dass eine Umgehung der Mobiliarhypothek nach dem B. G. B. unbedingt als eine actio in fraudem legis aufzufassen ist. Das B. G. B. hat im Interesse der Verkehrssicherheit das Prinzip strikt durchgeführt, dass zur Begründung des Mobiliarpfandrechts die Uebergabe der Sache unerlässlich ist; zur Fortdauer ein Verbleiben derselben im Besitze des Pfandgläubigers.

Es sei nur noch erwähnt, dass das fiduziarische Rechtsgeschäft und die actio in fraudem legis auch noch insofern eine grosse Aehnlichkeit mit einander aufweisen, als beide ein Notbehelf sind, um überhaupt nicht oder nicht auf die gewollte Art Erreichbares möglich zu machen. Sie sind der Ausdruck eines nach einer bestimmten Richtung hindrängenden Rechtsbewusstseins, und beide bildeten sich oftmals zu gesetzlich anerkannten Formen um, oder verschwanden bei Wegfall des Hindernisses.[63])

60) Vangerow Pand. S. 989.

61) Thöl, Einl. in das deutsche Priv. R. S. 159. R. O. H. G. Bd. 23 S. 186.

62) Vgl. Linckelmann. a. a. O. S. 212 u. die in Anm. 4. Angef. Leist a. a. O. S. 69. Bähr Entsch. des Reichsger. S. 52. ff. Dreyer a. a. O. S. 452 u. dort. Angef.

63) Jhering Geist des röm. Rechts a. a. O.

§ 12. Geschichtliches.

Eine grosse Aehnlichkeit mit dem heutigen fiduziarischen Rechtsgeschäft hatte die fiducia des römischen Rechts, und sie bestand auch aus ähnlichen Gründen. Ohne auf ihr näheres Wesen und die speziellen Streitfragen über sie einzugehen, genügt der Hinweis, dass die fiducia durchgehend mit dem Aufkommen geeigneter Rechtsinstitute verschwand, und dass sie sich damit ebenso, wie das heutige fiduziarische Rechtsgeschäft als ein Aushelf oder eine Uebergangsform charakterisiert.

Am frühesten trat die fiducia auf als fiducia cum creditore zu einer Zeit, wo ein dingliches Pfandrecht noch nicht ausgebildet war. Ohne diese Uebergangsform wäre man wohl noch nicht so bald auf die Notwendigkeit eines dinglichen Pfandrechts hingewiesen worden, da sie durch ihr langes Bestehen, die häufige Benutzung und Bewährung gezeigt hatte, wo eine Lücke war, und wo etwas Neues geschaffen werden musste.

Neben dieser Art der fiducia bestand die sog. fiducia cum amico, die einen Ersatz für das fehlende depositum, mandatum commodatum, den Trödelvertrag, sowie überhaupt für viele damals nicht bestehende, aber dem Bedürfnis des täglichen Lebens entsprechende Rechtsinstitute bot.

Die Frage wie weit sich die damalige fiducia von der heutigen unterscheidet, braucht hier nicht erörtert zu werden. Das steht aber fest, dass sich diese Unterschiede nur auf nebensächliche Punkte beziehen, und ich möchte nur noch das Eine betonen.

Die meisten Anhänger der Ansicht, dass das fiduziarische Rechtsgeschäft den Ansatz zu einer neuen Rechtsbildung darstelle, greifen dieser Entwicklung insofern vor, indem sie an allgemein feststehenden rechtlichen Begriffen, nämlich dem des Eigentums, zu rütteln versuchen. Solange nicht besondere gesetzliche Bestimmungen gegeben sind, ist auch diese neue Rechtsbildung den bestehenden rechtlichen Begriffen unterzuordnen, bis sich aus einer solchen Behandlung ein Missstand ergibt.

Aber abgesehen, davon, ob in der Beurteilung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts nach bestehenden rechtlichen Begriffen ein Missstand zu finden ist, bin ich der Ansicht, dass das fiduziari-

sche Rechtsgeschäft noch zu wenig entwickelt und erforscht ist, als dass man schon jetzt zu einer durchgreifenden gesetzlichen Regelung schreiten dürfte. Jedenfalls muss es als unzulässig bezeichnet werden bei dem Mangel an Sonderbestimmungen besondere Regeln für diesen Fall aufstellen zu wollen. Auch zeigt die Geschichte der römischen fiducia, dass sich aus ihr gerade unter Festhaltung althergebrachter Begriffe neue Rechtsinstitute entwickeln konnten.[64])

Bei der fiducia war Eigentümer der Fiduziar, freilich nur interimistischer, wie Oertmann sich ausdrückt. Auch das römische Recht kennt nur ein Eigentum, und das hat der Fiduziar. Der dingliche und der obligatorische Vertrag sind scharf getrennt und letzterer bildet nur ein ausserhalb des Rechtsgeschäfts liegendes Motiv, von dessen Eintreten oder Nichteintreten das Eigentumsrecht des Fiduziars unabhängig ist. Das ist zu betonen, hier wie bei dem heutigen fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Die volle Eigentümerstellung des Fiduziars ist angezweifelt worden auf Grund der usureceptio ex fiducia. Eine mit dem hier vertretenen Standpunkt zu vereinigende Erklärung und Widerlegung entgegenstehender Ansichten über diese allerdings merkwürdige Erscheinung hat Oertmann[65]) gegeben, der man m. E. voll beistimmen muss.

Ein Unterschied besteht freilich zwischen der römischen und der heutigen fiducia, indem man dort der Erfüllung des wirtschaftlichen Zwecks einen auf die sittlichen Anschauungen jener Zeit gegründeten rechtlichen Schutz verlieh.

Die Verurteilung aus der actio fiduciae machte infam als Strafe der Treulosigkeit.

Es entspricht einem Erfahrungsatz, dass der Laie nicht nach streng juristischen Begriffen, sondern mehr nach wirtschaftlichen, auf Sitte und Anstand beruhenden Regeln seine rechtlichen Empfindungen aufbaut. Das römische Recht hatte das berücksichtigt, aber scharf von dem Juristischen getrennt.

---

64) Oertmann a. a. O. S. 130 ff. 225 ff.

65) a. a. O. S. 248 ff. Anders Sohm Institutionen S. 234. 432.

Was der Eigentümer mit der Sache macht war gültig, sein moralisches Verhalten wurde durch die Infamie gerügt.[66])

Die für das römische Recht entwickelten Grundsätze gelten ebenso für das altdeutsche Recht, das z. B. in dem Institut des Salmanns, der Auflassung zu treuen Handen, den Uebergang zur Entwicklung des Erbrechts an Immobilien gefunden hatte, analog dem römischen familiae emptor.

66) Zu diesem Abschnitt vgl. Carlowa röm. Rechtsgesch. Bd. II S. 567 ff. Dernburg Pfand R. Bd. I S. 656.

II.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Wechselrecht.

A. Die Einrede der Simulation.

§ 13. Einleitung.

Nachdem in dem voraufgegangenenen Abschnitt das fiduziarische Rechtsgeschäft im Allgemeinen erörtert worden ist, sollen hier seine Wirkungen speziell für das Wechselrecht besprochen worden.

Die grösste Rolle spielt das fiduziarische Rechtsgeschäft im Wechselrecht in der Form des fiduziarischen Indossaments.

In dem Wechselverkehr unter Kaufleuten gehört das Prokuraindossament zu den grössten Seltenheiten.[1]) Man glaubt nämlich in diesen Kreisen durch Hinzufügung der Klausel in procura gegen den Inkassomandatar unkulant zu handeln, und dieser würde ein beschränktes Indossament als ein Misstrauen gegen seine Ehrlichkeit auffassen. Um das zu vermeiden, überträgt man den Wechsel durch Vollindossament und trifft mit dem Vollindossatar die Verabredung, dass das Indossament ihn nur ermächtigen solle die Wechselforderung einzuziehen resp. einzuklagen, und dass er das Geld nach der Auszahlung an den Indossanten abliefern müsse.

In dieser Form ist das fiduziarische Indossament schon lange im Gebrauch und gab der Theorie und Praxis seit mehr als fünfzig Jahren ausgiebige Gelegenheit das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zu beurteilen und weiter auszubilden.

1) Kohler in Iher. Jahrb. Bd. 16, S. 149. 150. Werthauer a. a. O. S. 586.

Das ist auch in reichlichem Masse geschehen, und die verschiedensten Meinungen mit allen nur möglichen Begründungen haben sich gebildet.

Vor allem sind dabei drei Hauptgruppen zu unterscheiden:

1) man hält das fiduziarische Indossament für simulirt,
2) man sieht in ihm ein betrügerisches Handeln des Indossatars, des Indossanten, oder beider zugleich.
3) man lässt den Indossatar als wirklichen Indossatar gelten.

Eine vierte Ansicht, muss noch erwähnt werden, die eine Spaltung des Eigentums oder eine Spaltung zwischen Eigentum und Dispositionsbefugnis annimmt.

§ 14.

Ist das fiduziarische Indossament ein simulirtes?

Hier sind zwei Fragen zu unterscheiden:

1) ist eine Simulation im Wechselrecht als formellen Rechtes überhaupt begrifflich möglich,
2) ist das fiduziarische Indossament m. a. W. das fiduziarische Rechtsgeschäft stets simulirt?

1) Es war eine früher weitverbreitete Ansicht, dass eine Simulation im Wechselrecht überhaupt unmöglich, und mit der Natur des formellen Rechtsgeschäftes unvereinbar sei.[2]) Nach dieser Ansicht genügt der nakte Wille zu indossiren auf dem Papier verkörpert (Koch), oder wie Werthauer meint, hat der die Form vollziehende Willensakt allein rechtserzeugende Kraft, weshalb bei gänzlich mangelndem Willen auch kein Recht erzeugt werden kann.

Zur Entscheidung über die Richtigkeit dieser Behauptungen ist es vor Allem nötig, sich die Frage vorzulegen, was denn eigentlich ein formelles Rechtsgeschäft ist, und wie weit es den Willen durch die Form ersetzen will, oder ob nicht beide nebeneinander gelten sollen.

---

2) Wächter, Wechselrecht S. 238. Hartmann, Wechselrecht S. 524 und die in Anm. 25 dort Angef. Seuff, Arch. Bd. 9 Nr. 68, 12, Nr. 190, 18, Nr. 163, 22, Nr. 162, 163, 166. Siebenhaars Arch. Bd. 4. S. 340, 6. S. 268, 9. S. 252. Werthauer a. a. O. S. 628. Koch, Arch. für W. R., Bd. XV. S. 283 ff.

Man kann in dieser Hinsicht zwei Arten von formellen Rechtsgeschäften unterscheiden, eine stärkere und eine schwächere Art.

Die Erstere ist absolut formell, sie wirkt in der Form und nur in der Form. Hier sind Einreden, wie die der Simulation etc. nicht zulässig[3]), da die Form aus bestimmten meist öffentlich rechtlichen Rücksichten in dieser Schärfe gewählt ist, wie z. B. bei der Eheschliessung. Der äusserliche die Form vollziehende Wille schafft hier Recht, weshalb versteckte Willensmängel nicht berücksichtigt werden. Bei derartigen Rechtsgeschäften ist der Wille nicht vollständig unnötig, sondern das Erfordernis seines Vorhandenseins ist nur insofern beschränkt, als er nicht voll und ganz, sondern nur teilweise da zu sein braucht. Deshalb kann das Rechtsgeschäft bei gänzlich mangelndem Willen, z. B. Eheschliessung unter Anwendung von vis absoluta ungültig sein. Dies schwache Zugeständnis an den Willen ist daher auch nicht unlogisch,[4]) weil eine geringe, wenn auch nur scheinbare und äusserliche Willensbestätigung erforderlich ist.

Die zweite Art von formellen Rechtsgeschäften, und unter sie ist auch der Wechsel einzureihen, sind nur relativ formell. Die Form kann hier niemals auch nur den geringsten Teil fehlenden Willens ersetzen, der allerdings bei dem Vorhandensein der Form präsumirt wird. Wie bei dem formlosen Rechtsgeschäft steht der Gegenbeweis des nicht voll vorhandenen Willens jederzeit offen, freilich in einer schwerer darzulegenden Weise als dort.

Wenn Werthauer S. 631 den Beweis der Unmöglichkeit der Simulation bei dem relativ formellen Rechtsgeschäft an Hand der Kohler'schen Theorie von der Spaltung des an und für sich einheitlichen Willensaktes bei der Simulation widerlegt, so hat er damit weniger die Richtigkeit seiner Ansicht, als die Unrichtigkeit der Kohlerschen bewiesen.

---

3) Vgl. Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16, S. 126.

4) Wulff, Das Vollindossament zu Incassozwecken, S. 33

Bei der Simulation sind zwei sich gegenseitig aufhebende Willensrichtungen anzunehmen, andernfalls müsste man allerdings mit Werthauer fragen, in welcher Weise der Wille die Form zu errichten gespalten kundgegeben werden könne. Ebenso wenig ist die Ansicht zu billigen, dass die Form selbst zerstört werden müsse, um ihre Wirkung zu verlieren. Bei dem absolut formellen Rechtsgeschäfte trifft das insofern zu, als hier das Rechtsgeschäft in und durch die Form besteht. Ist dieselbe nicht gewahrt, so ist rechtlich überhaupt nichts geschehen,[5]) und weder eine Partei noch ein Dritter kann sich auf den bei den Kontrahenten wirklich vorhandenen Willen berufen.

Bei dem relativ formellen Rechtsgeschäfte, wo die Form nur dazu dient, um der Aussenwelt einen Beweis von dem Bestehen des an und für sich gültigen Rechtsgeschäftes zu geben, gilt auch der rechtsschöpferische Parteiwille zwischen den Kontrahenten, und für die, welche diesen Willen kennen.

Den von Werthauer S. 630 aufgestellten und von Wulff S. 31 angefochtenen Vergleich der Form mit dem Gelde möchte ich modifiziert wieder aufnehmen. Die von der Reichsbank nicht ordnungsgemäss verausgabte und deshalb verfälschte Reichsbanknote gleicht dem relativ formellen simulirten Rechtsgeschäfte. Die Form legitimirt, aber dem unredlichen Erwerber kann die Reichskasse die Zahlung verweigern. Erwirbt jedoch ein Dritter in gutem Glauben diese Form, so wird sie in seiner Hand zur Vollgültigen.

Man kann deshalb sagen, zwischen den Parteien ist bei dem Wechsel Form und Wille zugleich massgebend, eines dieser Erfordernisse genügt nie; durch den hinzutretenden gutgläubigen Erwerb werden auch die in der Form nicht erkennbaren Willensmängel geheilt, und hindern nicht mehr die Zirkulationsfähigkeit des Wechsels. Das Gegenteil von diesem Ergebnis stellt allerdings Koch S. 284 als Folge der Annahme der Möglichkeit einer Simulation im Wechselrecht hin. Diejenigen, welche die Möglichkeit der Simulation im Wechselrecht schlechthin verneinen, scheinen hierzu dadurch veranlasst worden zu sein, dass

5) Vgl. § 1317 1 und § 1324 1 B. G. B.

sie die praktische Schwierigkeit dieses Beweises im Auge habend, dessen theoretische Möglichkeit in Abrede stellen. Beides ist aber scharf zu trennen, wenn auch zugegeben werden muss, dass die Einrede der Simulation im Wechselprozess eine sehr verschwindende Rolle spielen, und sich in den meisten Fällen bei genauer Prüfung des Sachverhalts als Einrede des Inkassomandats entpuppen wird.[6])

Fragt man sich nun, wie denn die Simulation im Wechselrecht zu denken sei, so muss man dafür für erforderlich halten den vom Beklagten zu erbringenden Beweis, dass zwischen dem Indossanten und Indossatar eine ausdrückliche Erklärung derart stattgefunden habe, dass das Eigentum an dem Wechsel ungeachtet des Vollindossaments bei dem Indossanten verbleiben solle.[7]) Dass diese Erklärung eine ausdrückliche sei, muss deshalb verlangt werden, weil die Form des Indossaments dem Indossatar ohne weiteres zum Eigentümer macht, und es nötig ist, dass der entgegengesetzte Wille der Parteien ganz unzweideutig klargestellt werde.[8])

Im Zweifel ist Simulation aus einem dem Wechselvertrag zugefügten Nebenvertrag nie zu interpretiren, und es mag deshalb so gut wie nie vorkommen, dass dem Beklagten dieser schwierige Beweis gelingt. Theoretisch ist er aber möglich und widerspricht dem Wechselrecht als relativ formellen Rechte in keiner Weise.

2) Über die Frage, ob das fiduziarische Indossament stets simulirt sei, kann ich mich kurz fassen, und auf den allgemeinen Teil verweisen.

---

6) Regelsberger a. a. O. S. 183.

7) R. O. H. G. Bd. 6, S. 58. Regelsberger a. a. O. S. 186. Wulff a. a. O. S. 34. Seuff, A., Bd. 21 Nr. 189, de Fontenäy in Goldsch. Zeitschr. Bd. 18 S. 70 ff., den Kohler merkwürdigerweise für einen Anhänger der Simulation hält.

8) Dies Alles unter der natürlich zu subsumirenden Voraussetzung, dass durch das Vollindossament das Eigentum an dem Wechsel übertragen wird. In dieser Beziehung schliesse ich mich der in Praxis (R. O. H. G. und R. G.) und Theorie (Goldschmidt) herrschenden Meinung an. Näheres hierüber weiter unten § 19.

Dass bei der Übertragung des Wechsels durch Voll- statt Prokuraindossament der Eigentumsübertragungswille unzweifelhaft vorhanden ist, bedarf danach keines weiteren Beweises.[9]) Erwähnenswert ist nur noch eine Ansicht Ladenburgs,[10]) der es hier (ähnlich wie Strempel a. a. O.) unverständlich findet, wie durch das Indossament das Forderungsrecht auf den Indossatar übergehn soll, dieser trotzdem aber die Forderung für fremde Rechnung geltend mache. Indem er weiter behauptet, niemand könne zugleich Eigentümer und Mandatar sein, kommt er zu dem Ergebnisse, dass das Voll- statt Prokuraindossament in der Regel zur Verschleierung eines Mandats diene. Dem ist mit R. O. H. G. Bd. VI S. 55 entgegen zu halten, dass sich die Begriffe im eignen Namen und auf eigne Rechnung nicht zu decken brauchen. Ersterer ist der juristische Begriff, der vor der Hand allein in Betracht kommt. Er ist durch das Indossament unzweideutig geäussert. Letzterer gibt nur an, wem das wirtschaftliche Resultat des Rechtsgeschäftes zu Gute kommen soll, und das zu prüfen, steht ausserhalb der Befugnisse des Richters. Ebenso bleibt der Kommissionär Vertragspartei, wenn auch jeder genau weiss, dass er das aus dem Kauf Erlangte nicht seinem eignen Vermögen zuführen will.

Wenn später S. 35 Ladenburg a. a. O. meint die Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken sei in der Weise möglich, dass Eigentum auf den Fiduziar übergehe, dasselbe aber nicht bei dem fiduziarischen Indossament gelten lassen will, so ist diese Unterscheidung unverständlich, zumal Ladenburg zur Begründung dieser Ansicht für die zuerstgenannte Art des fiduziarischen Rechtsgeschäftes nichts anführt, was nicht ebenso genau für das Voll- statt Prokuraindossament zutreffend wäre.

---

9) Anders Budde, Die rechtl. Natur des Indossaments S.33 ff., der Indossirung u. Zession im allgemeinen für gleichartig hält. Bernstein, W. O. S. 112 ff. v. Canstein W. R. S. 268, R. O. H. G. 19 S. 44. Seuff, A. 22, Nr. 164, Nr. 166.

10) Arch. für Hand. u. W. R., Bd. 29 S. 28 ff. ähnlich auch Goldtammers Arch. Bd. 19, S. 31.

§ 15. Begründet es eine aus der exceptio simulationis und der exceptio doli zusammengesetzte Einrede?

Eine andere Gruppe von Ansichten sieht bei der Erteilung des Voll- statt Prokuraindossaments im Allgemeinen von der Annahme der Simulation ab und erblickt in dem Verhalten des Gläubigers, in der Geltendmachung der Forderung einen dolus.

Der Unterschied zwischen dieser Gruppe und der vorher besprochenen besteht darin, dass durch die Einrede der Simulation die Person des Indossatars überhaupt aus dem Prozesse entfernt werden soll, indem man seine Aktivlegitimation angreift. Hier wird er dagegen grundsätzlich als Vollberechtigter aus dem Wechsel angesehen. Man will nur dem Schuldner helfen, und ihm ein Mittel geben sich gegen den aus der Wechselübertragung ergebenden Verlust persönlicher Einreden gegen den Indossanten zu schützen. Hierzu fand man in dem Allheilmittel des römischen Rechtes, der Kautschukeinrede der exceptio doli [11]) ein willkommenes Hülfsmittel geeignet bei seiner Dehnbarkeit alle nur möglichen Fälle zu umfassen. Diesen Grundgedanken brachte man auf die mannigfaltigste Weise zum Ausdruck, die verschiedensten Wege wurden eingeschlagen, und die Begründungen der einzelnen Ansichten sind so ausgiebig und oft ineinandergreifend, dass bei einer systematischen Klassifizirung derselben auf unbedeutende Abweichungen nicht Rücksicht genommen werden konnte.

Die eine Ansicht sucht den Schuldner durch Gewährung einer Einrede zu schützen, die sich aus der exceptio simulationis und der exceptio doli zusammensetzt. Entweder erblickt man in dem Voll- statt Prokuraindossament im Grunde genommen eine Simulation, die jedoch nicht berücksichtigt werden soll, oder man bestreitet unter Berufung auf die formelle Kraft des Litteralkontrakts die Beachtung einer nicht in demselben enthaltenen Nebenabrede.

Diejenigen, die Simulation annehmen, sie aber nicht gelten lassen wollen, begründen das damit, weil nur solche Dritte die zwischen den Parteien stattgehabte Simulation aufzudecken be-

11) Wulff a. a. O. S. 16.

rechtigt seien, die ein direktes Interesse daran haben, z. B. um eine Verletzung ihrer Rechte zu vermeiden. Bei dem sog. nackten Einwand des Prokuraindossaments, der allein darauf gestützt werde, der Indossatar sei nur Prokuraindossatar, fehle das schuldnerische Interesse, weshalb er zu verwerfen sei.[12]) In dieser Einrede liege eine Berufung auf das Recht dritter Personen, eine exceptio ex iure tertii, die sich jedoch, nebenbei bemerkt, nicht als Einrede, sondern als ein Läugnen des Klaggrundes darstellt.

Diejenigen, die in der Simulation nur eine nicht zu berücksichtigende Nebenabrede erblicken, halten eine Berufung auf dieselbe ebenfalls für eine exceptio ex iure tertii, da sich der Schuldner durch das Akzept dem formell legitimirten Präsentanten des Wechselbriefes verpflichte.[13])

Hier wird also grundsätzlich das verletzte Interesse des Schuldners geschützt und durch die Berücksichtigung des an und für sich unbedeutsamen Nebenvertrags (oder, wie die andern sich ausdrücken, der Simulation) soll der Nachweis des dolus seitens des Indossatars erleichtert werden, und insofern bilden beide Einwände zusammen eine einheitliche Einrede.

Zur Beurteilung dieser Ansicht ist zu bemerken: Auch wir läugnen in diesem Fall die Relevanz des Nebenvertrages. Dieser macht einerseits das Rechtsgeschäft nicht zu einem simulirten, andrerseits ist er aber auch nicht gegenüber dem durch das Indossament zum Ausdruck gebrachten Formalakt ohne jede Bedeutung, sondern er ist deshalb auf die Stellung des Indossatars als des Eigentümers des Wechsels ohne Einfluss, weil, wie in dem allgemeinen Teile ausgeführt ist, im fiduziarischen Rechtsgeschäfte der positiv dingliche Vertrag durch den negatorisch-obligatorischen Nebenvertrag an und für sich nicht berührt wird.

12) Regelsberger a. a. O. S. 189. Davidsohn in Gruchots Beitr. Bd. 18 S. 17. Neumann in Busch Archiv Bd. 34. S. 81. Hartmann a. a. O. S. 524. Goldschmidts Zeitschr. Bd. 2. S. 138. Engländer in Siebenhaars Archiv. N. F. V. S. 27. Siebenhaar Arch. Bd. 3. S. 403. R. O. H. G. Bd. 1. S. 171. 7. S. 253. Seuff. Arch. Bd. 12 No. 190. 25. No. 164.

13) Werthauer a. a. O. S. 645. Siebenhaars Arch. Bd. 3. S. 207. 6. S. 268. Seuff. Arch. Bd. 9. No. 68. Bd. 22. No. 162.

Würde eine Simulation nachgewiesen, so wäre sie zu berücksichtigen, und dann wäre ein etwaiger dolus unwesentlich.

Liegt keine Simulation vor, so genügt der Nachweis eines dolus, dessen Bedeutung in den folgenden Abschnitten behandelt werden soll.

B. Die exceptio doli.

a. Die Theorien des nicht substanziirten dolus.

§ 16. Der dolus liegt in dem Gebrauch eines fiduzarischen Indossaments.

Zuerst soll nun eine Ansicht besprochen werden, die kurz gesagt zur Begründung der exceptio doli gegen den klagenden Indossatar für ausreichend erachtet ein nicht genau substanziirtes Wissen, dass dem Schuldner durch das Voll- statt Prokuraindossament Einreden abgeschnitten werden sollen oder können, und diese Ansicht geht somit am weitesten in der Zulassung der exceptio doli.

Von einer Simulation wird überhaupt abgesehen, und damit auch von der Einrede des sog. nackten Prokuraindossaments weshalb an dieser Stelle die Meinungen derer von vornherein auszuschalten sind, die dem Indossanten den mangelnden Willen Eigentum zu übertragen vorwerfen.

Die Vertreter der zu besprechenden Meinung erkennen im Allgemeinen richtig, dass die Form und die Art, wie der Indossant den Wechsel weiter begibt, an sich nicht verwerflich sei, sie suchen jedoch den dadurch angestrebten Erfolg als unredlich hinzustellen. Durch die Gewährung der exceptio doli soll es dem Beklagten ermöglicht werden die ihm gegen die Person des Indossanten zustehenden Einreden mit gleicher Wirkung auch gegen den Indossatar geltend zu machen. Vorausgesetzt ist dabei stets [1]) mit Recht ein Wissen des Indossatars von der dolosen Handlungsweise,[2]) da ein Betrug oder die Teil-

1) Anders Thöl, der einWissen des Indossatars für belanglos erachtet, weil die Forderung im Auftrage und unredlichen Interesse des Indossanten geltend gemacht werde. Handelsrecht (IV. Auflage) Bd. II S. 742.

2) Wächter, Encyclopädie des W. R. Bd. I S. 365 Anm. 11. Borchardt, deutsche Wechselordnung (8. Aufl.) Zus. 801 C. S. 445.

nahme am Betrug das Bewusstsein der bösen Absicht voraussetzen.

Wie beschaffen diese Unredlichkeit des Näheren sein soll, ist verschieden beantwortet. Übereinstimmend wird jedoch verlangt, dass eine Arglist auf Seiten des Indossatars vorliegen müsse. Einige behaupten dabei ganz allgemein eine nicht näher bestimmte Unredlichkeit sei allein in der Thatsache begründet, dass überhaupt Einreden abgeschnitten werden sollen;[3]) andere verlangen eine bestimmtere Kenntnis des Indossatars von dem unerlaubten Zwecke Einreden abzuschneiden.[4]) Wie der Indossatar zu dieser Kenntniss gekommen, und zu welcher Zeit, wird dabei nicht näher untersucht, und ebensowenig gesagt, worin genauer der dolus bestehen soll. Nur einige Male spricht man von einer durch das Verhalten des Indossatars stattfindenden Rechtsverletzung, oder man behauptet der dolus liege in den vorher stattgefundenen Verabredungen zwischen dem Indossanten und dem Indossatar. Auf eine nähere Substanziirung des dolus braucht man auch nicht einzugehen, weil man die Ausstellung des versteckten Prokuraindossaments an und für sich schon für unredlich hält. Diesen Gedanken bringt Dungs[5]) in prägnanter Form zum Ausdruck, indem er behauptet „es genügt, dass objektiv sich die Einklagung als ein Verhalten darstellt, welches dass Recht missbilligt“ und „rechtswidrig handelt, der für die Rechnung eines anderen fordert, was dieser Andere dem Beklagten wiedergeben muss.“ Wenn dann in einem speziellen Falle auch einmal genauer gesagt ist, worin der dolus des Klägers bestehen soll, so geschieht das nicht in der Absicht eine feste begrenzte Norm für die Zulässigkeit der exceptio doli aufzustellen, sondern man verwendet nur einen gerade besonders

3) Neumann, Arch. für Handels und Wechsel Recht Bd. 34 N. F 9 S. 95. Hartmann, Wechsel Recht S. 524. Borchardt a. a. O. S. 445. Dernburg, Preuss. Priv. R. (5. Aufl.) Bd. II S. 858. R. O. H. G. Bd. 8 S. 332 10 S. 322. 25 S. 18. Regelsberger, Arch. für ziv. Prax. Bd. 63 S. 192 „welche Meinung der Indossatar von der Stichhaltigkeit der Einreden hat ist gleichgültig, schon die Möglichkeit . . . . . “

4) R. O. H. G. Bd. 4 S. 252. Bd. 25 S. 302.

5) In Gruchots Beiträgen Bd. 32 S. 39.

6) Die Revision der Wechselordnung S. 60.

7) Bd. IV S. 100. XI S. 9. XXIII S. 124.

geeigneten Teil des Thatbestandes, um dem Indossatar seine Unredlichkeit deutlich nachweisen zu können.

Im Grunde genommen sieht man das versteckte Prokuraindossament mit Misstrauen an von dem unbestimmten und nicht direkt ausgesprochenen Gefühle beherrscht, dass es in Wahrheit eine Simulation enthalte. So sagt Bernstein[6]) „Der Incassomandatar ist in Wahrheit nur Bevollmächtiger des Vormannes“ und deshalb gewährt er dem Schuldner gegen ihn die Einrede der Arglist. Auf demselben Standpunkte steht auch das Reichsgericht[7]) in manchen Entscheidungen, und schon Dreyer[8]) macht ihm den Vorwurf, dass es dem Resultat nach auf die Annahme einer Simulation bei dem Voll- statt Prokuraindossament herauskomme. Man behandelt den Indossatar als Teilnehmer der Simulation und nötigt ihn so sich Einreden aus der Person des Indossanten gefallen zu lassen.

Einer derartigen Beurteilung könnte man nur dann zustimmen, wenn man jeden Verstoss gegen einen Rechtssatz, für den es andere passende Bezeichnungen nicht gibt, als dolus auffassen dürfte. Es macht aber fast den Eindruck, als ob sich das Reichsgericht und die Verfechter seiner Meinung gescheut hätten, sich zu der längst widerlegten Ansicht der Simulation des fiduzarischen Rechtsgeschäfts zu bekennen, und dass sie auf diese Weise die Simulation nur unter einem andren Namen wieder einführen wollten.

Den Standpunkt dieser Theorie des nicht substanziirten dolus, oder wie ich sie mit Hinblick auf Dungs und der Kürze halber nennen werde, der objektiven Theorie[9]) gibt eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[10]) am klarsten wieder. Es heisst dort durch das Voll- und Prokuraindossament gingen alle Rechte auf den Indossatar über mit Ausnahme solcher, die ohne doloses Handeln nicht übergehen könnten. Der Indossatar

8) In Gruchots Beiträgen Bd. 40 S 464.

9) Es darf freilich nicht übersehen werden, dass zum Begriff des dolus stets subjektive Momente gehören. Hier werden jedoch hauptsächlich objektive Thatbestandsmerkmale als die Wesentlichen angesehen, und in der mangelnden Substanziirung liegt eine Vernachlässigung der rein subjektiven Momente.

10) Band X S. 322.

habe dies gewusst, und somit seien diese Rechte auch auf ihn nicht übergangen.

Für die in jener Entscheidung vertretene Ansicht ist eine solche nicht auf Einzelheiten eingehende Definition die zweckmässigste, weil man andernfalls zu viele subjektive, näher zu substanziirende Momente berücksichtigen müsste, und dadurch die beabsichtigte weitgehende Wirkung der exceptio doli wieder abgeschwächt würde.

Anderseits liegt aber gerade hierin die grosse Schwäche der objektiven Theorie; es ist vor allem für das Wechselrecht und die Sicherheit des Verkehrs nötig, dass eine festgestellte Meinung besteht, die sagt, was eigentlich dolos ist. Es ist dies um so nötiger, da wie man sich ausdrückt, der Indossatar, zwar formell korrekt handeln, materiell aber Unrecht üben soll.

Fragt man sich daher nach Massgabe der objektiven Theorie, was denn unter dem dolus zu verstehen sei, so muss man antworten Alles, was dem Rechte oder der von demselben zu berücksichtigenden bona fides widerspricht. Fragt man sich nun weiter danach, was bona fides ist, so kommt man dabei auf ein sehr gefährliches Gebiet, und die richtige Anwendung des bona fides Prinzips ist ein sehr schwieriges und für das gesammte Rechtsleben ausserordentlich wichtiges Problem.

§ 17. Die bona fides im Wechselrecht.

So segensreich der Fortschritt war, als man neben dem starren Rechte die sich an alle Lebensverhältnisse eng anschmiegende bona fides erkannte und benutzte, ebenso verderblich ist sie, wenn man in ihr ein Auskunftsmittel sucht, um jeweiligen Mitleids und Sympathiegefühlen für den Schuldner einen Ausdruck zu verleihen. In der Zeit, wo die bona fides im Rechte keine Bedeutung besass, schützte man allein den auf den Buchstaben des Gesetzes gestützten Gläubiger. Die Berücksichtigung der bona fides sollte es dem Schuldner ermöglichen mit seinem materiellen Recht das nur formelle Recht des Gläubigers, das sich in Wahrheit als Unrecht darstellte, zu überwinden. Später sah man in übertriebener Anwendung der bona fides in dem Gläubiger, welcher das Gesetz auf seiner Seite hatte, einem hartherzigen Menschen, der nur den Wortlaut des Gesetzes benutzend,

den hülflosen Schuldner ausbeuten wollte. Eine solche Anschauung war zur Zeit Justinians herrschend, und sie suchte jeden Schuldner in durchaus unzulässiger Weise auf Kosten eines gesunden Rechtsgefühls zu schützen, und derartigen Anschauungen scheinen auch wir uns in mancher Beziehung zu nähern, eine Entwicklung, auf die das Reichsgericht nicht ohne Einfluss geblieben ist.

In einer solchen übertriebenen Anwendung der bona fides sucht man auch das fiduziarische Indossament zu beurteilen unter äusserst weitgehender Rücksichtnahme auf den Wechselschuldner. Wie so oft brachte man auch hier die juristischen und die wirtschaftlichen Funktionen der zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge in eine von diesen gar nicht gewollte Abhängigkeit von einander [11]) und glaubte den dinglichen Vertrag anfechten zu dürfen, um die rein wirtschaftlichen, juristisch unbegründeten Interessen des Akzeptanten befriedigen zu können. Um ihm zu helfen, werden klar gewollte und geäusserte Rechtswirkungen missachtet. Das auffälligste an dieser Erscheinung ist, dass man die aus dem Zivilrecht gewonnenen und einseitig ausgebildeten Grundsätze über Treu und Glauben ohne weiteres auf das formal abstrakte Wechselrecht übertrug. Man sagt ebenso wie im ganzen Recht, so muss auch im Wechselrecht die bona fides in ihrer vollen Wirkung anerkannt werden,[12]) und räumte ihr damit eine sehr gefährliche Stellung ein.

Eine derartige Behauptung ist m. E. ebenso unhaltbar, wie umgekehrt ein Läugnen der Geltung der bona fides im Wechselrecht überhaupt. Das Wechselrecht soll nicht als streng formales Recht von jeder Treu und Glauben losgelöst sein, ebensowenig wie sich der durch die Form irgendwie für benachteiligt haltende Schuldner dem Gläubiger daraus den Vorwurf des betrügerischen Handelns machen kann.

Im Wechselrecht gilt eine beschränkte bona fides, eine abstrakte bona fides, wie sich Wulff [13]) sehr treffend ausdrückt. Hält man aber den Indossatar, der volllegitimirt ist und sein

11) So z. B. R. O. H. G. Bd. X S. 322, dass von einem Missbrauch des Vertragsverhältnisses redet.

12) Grünhut, W. R. Bd. II S. 146.

13) a. a. O. S. 52.

Recht geltend macht für einen Betrüger, so untergräbt man das ganze Institut des Wechselrechts und kehrt dessen Zweck in das strikte Gegenteil um. Man entschuldigt diese Handlungsweise mit Vorliebe dadurch, dass man von einer Forderung des Rechts redet, der „wahre" Sachverhalt müsse zur Geltung kommen.[14]) Für die Vertheidiger einer Alles umfassenden bona fides ist der wahre Sachverhalt durch den Nebenvertrag ausgedrückt, der uns jedoch, wie dargelegt, vorläufig nichts angeht, da er das Motiv des Indossirungsaktes bildet, und als solches, sofern nicht unerlaubt (was hier niemand behaupten kann) für die rechtliche Beurteilung nicht in Betracht kommt. Mit derselben Berechtigung könnte sich der Richter darum kümmern, ob der Wechsel geschenkt oder gekauft sei, oder ob der Indossatar auch einen angemessenen Kaufpreis gezahlt habe, und es ist kein Grund ersichtlich, warum in dieser Beziehung das Inkassomandat als causa des Wechselbegebungsvertrags anders behandelt werden sollte.[15])

Derartige Erörterungen will das Wechselrecht gerade vermieden wissen, und hat deshalb bestimmt, auf welche Art jemand Wechselschuldner werden kann. Er wird es nur dann nicht, wenn die Vorschriften der Wechselordnung nicht erfüllt sind, oder wenn, wie nach Art. 82 der Wechselordnung die bona fides zu berücksichtigen ist.

Den Befürwortern einer in ausgedehntem Masse anzuwendenden bona fides ist überdies der Vorwurf einer einseitigen Anschauung nicht zu ersparen. Man muss doch auch berücksichtigen, dass der auf die Form gestützte, sein Recht betreibende Gläubiger den formalen Vertrag nicht allein geschlossen hat, sondern dass der Schuldner damit einverstanden war. Beide ziehen daraus ihren Vorteil. Der Gläubiger erspart schwierige Beweise seiner Berechtigung, hat die Möglichkeit schneller und vereinfachter Eintreibbarkeit sowie der Übertragung der Forderung, der Schuldner hat den Vorteil, dass er gegen den Wechsel leichter Kredit bekommt und ohne ausgedehnte Nachforschungen mit befreiender Kraft an den legitimirten Präsentanten zahlen kann.

14) Dreyer in Gruchot Beitr. Bd. 40 S. 465 und dort angef. R. G. Entscheidungen.

15) Koch Siebenhaars Arch. Bd. XV S. 283.

Danach kann es wohl kaum der wahren bona fides entsprechen dem Schuldner die z. B. aus der Eröffnung des Kredits schon genossenen Vorteile ohne Weiteres zu zugestehen, während man den Gläubiger, der seine ihm rechtlich zukommende Vergünstigung geltend machen will, durch die exceptio doli daran verhindert.

§ 18. Beurteilung dieser Theorien.

Der Fehler dieser Theorie liegt vor Allem darin, dass man im Allgemeinen zur Begründung der exceptio doli gegen den fiduziarischen Indossatar den Nachweis einer nicht näher bestimmten mala fides genügen lässt, und dass ihre Anhänger diese mala fides in Thatsachen erblicken, die in Wahrheit vom Rechte erlaubt und gebilligt sind. Daher ist auch die oftmals aufgestellte Behauptung[16]) zu verwerfen, dass der Indossatar sich bewusst zu einem Werkzeug betrügerischen Handelns hergebe, weshalb ihm der gute Glaube von vorn herein abzusprechen sei. Der dolus soll darin liegen, dass der Indossatar den Wechsel nicht in der durch das Indossament angegebenen Weise erworben habe, und deshalb thatsächlich bloss Mandatar sei. Dies „thatsächlich" sollte besser heissen mit Rücksicht auf das wirtschaftliche Endergebnis; aber auch diese Erwägung ist bezüglich der juristischen Beurteilung zum Mindesten überflüssig, da der Richter nicht auf das erstrebte Resultat als das Motiv des Rechtsgeschäftes zurückgehen darf.

Wer das Werkzeug eines Betrugs sein soll, muss einen schon vorhandenen Betrug irgendwie verwerten. Aber es liegt weder in der Indossirung ein Betrug, noch begründet die durch Art. 10 der Wechselordnung als deren Folge sanktionirte Thatsache, dass der Schuldner hierdurch die ihm gegen den Indossanten zustehenden persönlichen Einreden verliert, die Annahme eines arglistigen Handelns. Ebenso unhaltbar ist die Meinung Regelsbergers,[17]) dass der Indossatar auf diese Weise zu einem

16) Seuff. A. Bd. 25 Nr. 165. Goldschm., Zeitschr. Bd. 13 S. 256. 31 S. 375. R. G. Bd. IV S. 100. XI S. 9 u. A.

17) a. a. O. S. 192.

rechtlich gemissbilligten Erfolge mitwirke. Dieser Einwand könnte nur dann begründet erscheinen, wenn man das Vollstatt Prokuraindossament im Grunde doch als ein simulirtes betrachtet, was auch m. E. die Vertreter dieser Ansicht sämmtlich thun.

Wer sein Recht ausübt, ist nie in dolo [18]) sofern in dieser Ausübung kein Verstoss gegen § 226 B. G. B. liegt, von dem hier aber nicht die Rede sein kann. Dass der Indossatar sein Recht ausübt, ist nach dem Gesagten unzweifelhaft, da er nicht wie Regelsberger [19]) meint, einen ungerechtfertigten Anspruch zur Verwirklichung bringt, sondern einen Anspruch, der in seiner Person durch das Indossament auf gesetzlich gegebenem Wege begründet ist. Ebensowenig ist dolos, wer nach Ausübung des Rechts von den daraus entspringenden Folgen, die nicht den Bewegrund zu der Ausübung bildeten, Gebrauch macht, und umgekehrt ist kein Grund zu der Annahme dolosen Handelns gegeben, wenn das Recht ausgeübt wird, um diese Rechtsfolgen zu benutzen.[20])

Ausserdem weiss der Wechselschuldner auch recht genau, dass er durch eine Indossirung dem Verlust persönlicher Einreden ausgesetzt werden kann, und wenn er dies nicht weiss, so ist das ein nicht zu berücksichtigender error iuris. Im formellen Wechselrecht gilt der Grundsatz iura sunt vigilantibus scripta in voller Schärfe.

Davidsohn [21]) behauptet mit Unrecht bei Billigung der hier vertretenen Ansicht sei die Existenz der persönlichen Einreden des Schuldners gegen den Gläubiger in dessen Belieben gestellt. Von einem Belieben im verwerflichen Sinne kann aber nicht die Rede sein, da der Gläubiger doch stets nach genau festgelegten Bestimmungen der Wechselordnung handeln muss. Wenn ihm diese nun die Wahl lässt, entweder den Wechsel sammt den Einreden zu behalten, oder ihn weiter zu indossiren, so handelt er, wenn er Letzteres vorzieht, nicht willkürlich, sondern nach dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes.

18) R. O. H. G. Bd. XII S. 434. Seuff, Arch. Bd. XXII Nr. 153.
19) a. a. O. S. 190.
20) Koch a. a. O. S. 287
21) a. a. O. S. 18.

Mit einem derartigen Angriff kann die rechtliche Stellung des Gläubigers nicht erschüttert werden, der keine Rücksicht zu nehmen braucht, ob durch die Ausübung eines ihm gesetzmässig zustehenden Rechts andern ein Nachteil erwächst.[22])

Diese erlaubte Rechtsausübung wird auch nicht zur Verbotenen durch die vertragsmässige Bestimmung, dass der Indossatar dem Indossanten später Rechnung ablegen muss, und macht ihn auch nicht zum Mandatar.[23]) Ebenso wenig berechtigt diese Thatsache dazu, wie es v. Canstein thut, ein inneres und ein äusseres Verhältnis zwischen Indossanten und Indossatar zu unterscheiden.[24]) Wir haben hier dieselbe Erscheinung, wie die in dem allgemeinen Teil besprochene, dass ein Innen und Aussen in einem solchen Sinne nicht vorhanden ist. Der Nebenvertrag drückt nur die für die Aussenwelt gleichgültige Thatsache aus, das Indossament sei ein fiduziarisches. Dagegen muss auf Grund des negatorischen Vertrags — also in rein obligatorischer Beziehung — eine Doppelstellung des Fiduziars anerkannt werden.

Der Indossatar als solcher ist Eigentümer und die causa traditionis sei sie Mandat, Kauf oder Schenkung macht den Indossatar nie zu einer bloss vorgeschobenen Person. Andernfalls würde man den Richter ermächtigen, die Motive der Parteien seiner Beurteilung zu Grunde zu legen, eine Konsequenz, die das Reichsgericht gezogen hat.[25]) In dieser Entscheidung geht es soweit zu behaupten in dem gegebenen Falle habe nicht jede Übertragung an Dritte, sondern nur ein Verkauf dem behaupteten Auftrag des Beklagten entsprochen, und da der Wechsel nicht verkauft sei, so sei er auf den Kläger nur als Mandatar übertragen.

Ebensowenig darf dem Schuldner ein Recht der Prüfung des Erwerbsgrundes des Wechsels durch den Gläubiger zugestanden werden. Nach Art. 30 der Wechselordnung ist es dem

22) de Fontenay a. a. O. S. 73. Seuff, Arch. Bd. 23, Nr. 163.

23) Jolly in Arch, für W. R. N. F. V S. 72. Siebenhaars Arch. Bd. X S. 381. R. O. H. G. 15 S. 344 im Gegensatz zu Davidsohn a. a. O. S. 21 v. Canstein, Wechsel-Ordnung S. 411. Seuff, A. Bd. 22, Nr. 165 R. G. Bd. 23 S. 125.

24) Ebenso R. O. H. G. Bd. V S. 37. Staub. Wechselordnung S. 67. Dernburg, Preuss. Priv. R. S. 858.

25) Gruchots Beiträge, Bd. 29 S. 1104.

Schuldner zwar gestattet, ohne Prüfung der Legitimation des Präsentanten zu zahlen, und es muss zugegeben werden, dass ihm deshalb eine Prüfung nicht verboten ist. Daraus folgt aber noch nicht, wie es Anhänger der hier bekämpften Ansicht darstellen, dass der Schuldner berechtigt sei, den fiduziarischen Nebenvertrag als Prüfungsgrund anzusehn, der ihn zur Verweigerung der Zahlung ermächtige. Wird das anerkannt, so könnte sich der Schuldner mit demselben Rechte dem nach Art. 36 der Wechselordnung legitimirten Gläubiger gegenüber, auf alle möglichen Thatsachen berufen, die für die Wechselübertragung belanglos sind, und so dem gesetzmässig handelnden Gläubiger über Grund und Art des Erwerbes unbefugterweise inquiriren nur um der vermeintlichen bona fides zum Siege zu verhelfen.

Zu derselben Inquisitionsberechtigung des Akzeptanten gegenüber dem Indossatar kommt auch Regelsberger[26]) auf einem andern Weg. Er geht — allerdings in folgerichtiger Durchführung seiner Meinung — soweit zu behaupten, das Vorhandensein allenfallsiger, dem Indossatar und dem Indossanten zur Zeit noch nicht bekannter Einreden genüge zur Feststellung des dolus auf Seiten des Indossatars. Der Indossatar braucht also die Einreden nicht positiv zu kennen, und ein unentschuldbares Nichtwissen soll dem Wissen gleichstehen. Das Resultat einer solchen Ansicht wäre, dass der Schuldner den drängenden Gläubiger durch alle möglichen haltlosen Einwände hinhalten wird, und dass der Gläubiger, um dem Vorwurf des unentschuldbaren Nichtwissens zu entgehen, beim Erwerb des Wechsels die eingehendsten Nachforschungen über das Bestehen solcher Einreden anstellen müsste. Ob ihm das trotz aller Mühen gelingen kann, ist auch sehr zweifelhaft, da er sofern nicht gut juristisch gebildet, nie alle Einreden übersehen und deren Stichhaltigkeit nachprüfen könnte.

Die Folge davon wäre eine unabsehbare Verschleppung der Wechselprozesse. Regelsberger meint zwar, diese Verschleppung könne nicht sehr bedeutend sein, da alle Einwände nach wechselprozessualen Regeln erweisbar sein müssten. Dem ist

26) a. a. O. S. 191, anders Seuff, A., Bd. 37. Nr. 332.

jedoch entgegenzuhalten, dass auch sie dem auf schnelle Erledigung drängenden Gläubiger peinlich genug sind, und dass dadurch die Zahl der Vorbehaltsurteile ins Ungemessene anwachsen würde.

Ausserdem würde wegen der dadurch gegebenen Unsicherheit die Zirkulationsfähigkeit des Wechsels ausserordentlich leiden. Kräwell[27]) meint allerdings bei einer andern Beurteilung dieser Erscheinung) werde Treu und Glauben untergraben.

Wie weit man in einer extremen Durchführung dieser Ansicht kommt, zeigt auch Staub,[28]) der behauptet, ohne mala fides müsse sich der Indossatar Einreden gefallen lassen, wenn ihm seine Stellung als Inkassomandatar bewiesen werde.

Das Ergebnis einer derartigen Meinung ist also, dass man prinzipiell den sog. nackten Einwand des Prokuraindossaments abweist, ihn trotzdem aber in konsequenter Durchführung dieser Meinung anerkennt und somit dem Resultat nach auf dem Boden der Simulation bezügl. des fiduziarischen Indossaments steht.

b) Die Theorien des substanziirten dolus.

§ 19. Der dolus liegt in einem Missbrauch der Form.

Eine andere Meinung sieht in dem auf das formelle d. h. auf das Wechselrecht gestützten Verhalten des Indossatars eine Unredlichkeit wegen des Missbrauchs der Form zum Zweck einer Rechtsverletzung. Es ist das derselbe Vorwurf, den wir schon bei der eben besprochenen Gruppe jedoch mit anderer Begründung gefunden haben.

Dort macht man nämlich dem Indossatar im einzelnen Fall den Vorwurf der Unredlichkeit, hier greift man die Gesammtheit dieser Fälle und somit das Geltungsbereich des Wechselrechts überhaupt an, indem man in der Thatsache allein, dass Wechselrecht angewandt wird, einen dolus erblickt.

Auch noch in andrer Beziehung sind beide Ansichten verwandt, insofern als die jetzt zu behandelnde im Grunde ge-

27) a. a. O. S. 122.
28) a. a. O. S. 67.

nommen auch auf die Annahme der Simulation hinausläuft, was zuweilen offen zugestanden wird.[1])

Das hier angenommene Unrecht liegt nicht in der Geltendmachung, sondern in dem Erwerb des Rechtes, was im Gegensatz zu Werthauer[2]) zu betonen ist. Wer ein sog. materielles Unrecht auf Grund Benutzung erlaubter Formen zu erlaubten Zwecken anerkennt, der muss auch sagen, dass der Grund dieses auf arglistigem Verhalten beruhenden Unrechts schon in dem Erwerbe liegt. Der Indossatar muss wissen, dass ihm der Gebrauch des Wechselrechts unter Umständen als dolus ausgelegt werden kann, und er ist daher als sorgfältiger Mann verpflichtet, bei Erwerb des Wechsels genau Motiv und causa des Wechselbegebungsvertrags zu prüfen. Thut er das nicht, so handelt er nachlässig und ein Nichtwissen aus unentschuldbarer Nachlässigkeit ist auch hier dem positiven Wissen gleichzusetzen.[3]) Der dolus ist also in dem Erwerb enthalten, wenn auch nur in eventu, und deshalb hat der Erwerber sich allen hieraus entspringenden üblen Folgen schuldhafter Weise ausgesetzt.

Die Streitfrage ist nun die: Soll zur Beurteilung des Vollstatt Prokuraindossaments formelles oder materielles Recht, ius strictum oder ius generale gelten?

M. E. sind hier zwei Fragen zu unterscheiden:

1) gilt ius speciale oder ius generale?
2) Wenn Ersteres gilt, was hat dann im Wechselrecht als formalen Recht die Form zu bedeuten?

Durch diese Trennung gelangt man eher zu einem angemesseneren Resultat, als wenn man beide Fragen zusammen behandelt, und dabei durch die Alternative, ob ius aequum oder ius strictum gelten solle, mit der gefügigen bona fides für den Schuldner günstige Resultate erzielen kann.

ad 1) Nach einem allgemein anerkannten Grundsatze geht das spezielle Recht dem generellen vor, das nur ergänzend eintritt, sobald in dem gegebenen Fall keine Bestimmungen ge-

1) Seuff, Arch. Bd. 19. Nr. 65. Entsch. d. Pr. Ob. Trib. Bd. 7. S. 40.
2) a. a. O. S. 612.
3) Regelsberger a. a. O. S. 191.

troffen sind, und diese Ergänzung dem Zweck des ius speciale nicht widerspricht. Fassung und Wesen der Wechselordnung geben keine Veranlassung hier eine andere Behandlungsweise eintreten zu lassen. Es ist deshalb nicht angebracht wie Davidsohn[4]) es thut, für diesen Fall das ius generale als das vorherrschende zu betrachten, mit der Behauptung, dass Zweck und Wesen des ius speciale im Schutz und Förderung des ius generale überhaupt bestehen. An und für sich ist dieser Satz zwar richtig, er beweist aber nicht, dass in allen Fällen, wo es sich, wie Davidsohn sagt, um das materielle Recht handelt, dieses entscheidend sei. Die Entscheidung, welches Recht gelten soll, muss stets nach dem einzelnen Fall gefällt werden, und zwar unter Prüfung folgender Umstände. Es kommt nämlich stets darauf an, ob sich das ius speciale im gegebenen Fall mit dem ius generale in bewussten Widerspruch setzen will, oder ob es demselben neben sich einen ergänzenden Platz zur Ausfüllung vorhandener Lücken anweist.

Ersteres wird meist anzunehmen sein, da das ius speciale normaler Weise deshalb besteht, um bestimmten Arten von Rechtsgeschäften ein eigentümliches Gepräge aufzudrücken. In diesem Falle ist es wie Werthauer[5]) sagt, eine Begriffsverwirrung das ius speciale mit dem ius generale korrigiren zu wollen. Freilich geht Werthauer hierin zu weit, da er die eben genannte letzte Möglichkeit des sich ergänzenden Nebeneinanderbestehens des formellen und materiellen Rechtes unter zu starker Betonung der Form als solcher zu übersehen scheint.

Weitere Ansichten[6]) verfallen in das entgegengesetzte Extrem, indem sie der Form gar keine Bedeutung beilegend, eine materielle Rechtsverletzung annehmen durch eine formale jedes materiellen Inhalts entkleidete Berechtigung, und das dürfe als dem Rechte widerstrebend nicht zugelassen werden.

Die Wahrheit liegt hier in der Mitte, man muss den Zweck und Sinn des ius speciale erforschen, um seine Bedeutung zu erkennen. Dies gilt auch für das Wechselrecht. Nach ihm ist

4) a. a. O. S. 7 ff.
5) a. a. O. S. 647.
6) Siebenhaars Arch. Bd. XIV. S. 246.

das formale Recht imstande das sog. materielle Einrederecht des Beklagten zu beseitigen, da der Verlust aller persönlichen Einreden als notwendige Folge des wirklichen Indossaments ausdrücklich festgesetzt ist, und dadurch eine vom Zivilrecht (der Zession) abweichende wechselrechtliche Regel geschaffen werden soll.

Materiell — was wohl nach ius generale heissen soll — kann der Schuldner nicht geschädigt sein, da in diesem Fall kein ius generale anwendbar ist. Wirtschaftlich oder in seinem Vermögen mag der Schuldner geschädigt sein. Diese Thatsache begründet aber kein Unrecht, auf Grund dessen man eine exceptio doli gegen den Indossatar konstruiren könnte, wie es Neumann[7]) versucht; sie könnte höchstens ihrem Resultat nach von ethisch moralischen Gesichtspunkten aus unbillig erscheinen, was jedoch die rechtliche Seite nicht zu beeinflussen vermag. Wer das ius speciale anwendet, will auch dessen Folgen, gute wie schlimme. Im Wechselrecht gilt das Zivilrecht nur subsidiär, wo es ausdrücklich oder dem Sinne entsprechend zugelassen ist, und daher hat der Indossatar nicht wie Davidsohn[8]) meint stets zwei Rechte, formelles und materielles, sondern für ihn gilt allein Wechselrecht, ergänzend Zivilrecht.

Wenn sich der Indossatar auf das für ihn massgebende Recht stützt, so darf man ihm daraus nie den Vorwurf eines „arglistigen den Zwecken der Rechtsordnung zuwiderhandelnden Menschen“ machen, wie es das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen gethan hat[9]). Engländer[10]) will nachweisen, dass in diesem Fall gerade so Unrecht geschehe, als ob ein schon bezahlter aber nicht quittirter Wechsel weiter indossirt werde. Dieser Vergleich ist nicht durchschlagend, da in beiden Fällen kein Unrecht geschieht. Entweder ist dem Indossatar die Zah-

---

7) a. a. O. S. 88.

8) a. a. O. S. 6 u. 7.

9) Bd. 11. S. 9; 36. S. 54 und A. ähnlich. Thöl Handelsrecht Bd. II. S. 741. v. Kräwell a. a. O. S. 121. Dungs in Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 32. Ladenburg a. a. O. S. 35. Goldschm. Zeitschrift Bd. 31. S. 381. Seuff. A. Bd. 12. Nr. 190. 22. Nr. 165. 45. Nr. 119.

10) Arch. für W. R. N. F. Bd. V. S. 29 und Seuff. A. Bd. 12. Nr. 96.

lung nicht bekannt, dann ist er Gläubiger und zwar nicht formeller, sondern thatsächlicher. Die Zahlung geschieht mit voller Rechtswirkung nur durch Quittirung auf dem Wechsel; ist das nicht geschehen, so hat der Zahlende leichtsinnig und gegen die Vorschriften der Wechselordnung gehandelt, und dadurch muss er sich die Folgen seines Leichtsinnes zuschreiben. Wer die vorgeschriebene Form nicht einhält, thut eher Unrecht, als dass ihm Unrecht geschieht.

Die Formen sind dazu da, um eingehalten zu werden, da sie im öffentlichen Interesse oder zum Wohl der Parteien bestehen. Wenn ein Schenkungsversprechen, das nicht den Erfordernissen des § 518 B. G. B. genügt, ungültig ist, so geschieht dem nichts erhaltenden Gläubiger weder formell noch materiell Unrecht. Man könnte höchstens von einem ihm zugefügten moralischen Unrecht reden, doch Recht und Moral decken sich in dieser Hinsicht nicht.

Andrerseits, wenn der Indossatar von der geschehenen Zahlung wusste, so hat er auch kein formelles Recht, sondern nur eine Form, die ihm wegen seines bösen Glaubens kein Recht gibt.

Man kann also auch für diesen Fall nicht behaupten, dass das formelle Recht durch das materielle Recht zerstört werde. Der Indossatar hat nur den Schein eines Rechts, insofern der gutgläubige Schuldner mit befreiender Wirkung an ihm zahlen kann; das ist aber weniger sein Recht, als eine im Interesse des Schuldners gegebene Erleichterung.

Nach richtiger Ansicht ist der Indossatar, und nur er Eigentümer des Wechsels und handelt als solcher nie dolos.

ad 2) Soweit wäre die Frage von einem Missbrauch der Form abgewiesen, wenn nicht noch von einigen Seiten die am Anfang unter Nr. 2 angeführte Behauptung aufgestellt würde, das Indossament mache ohne Weiteres nicht zum Eigentümer. Es muss daher auf die Bedeutung des Giros noch eingegangen werden. Da nun festgestellt ist, dass für das fiduziarische Indossament das ius speciale massgebend, kommt es noch darauf an, zu zeigen wie weit es das ist.

Ueber diese Frage äussert sich Davidsohn.[11]) Nach seiner Ansicht will die Wechselordnung nicht darüber entscheiden, wer Eigentümer sei. Die Frage des Eigentums sei dem Zivilrecht überlassen, und die Wechselordnung gebe nur eine präsumtive Legitimation als Eigentümer. Ohne vorläufig entscheiden zu wollen, ob das Wechselrecht die Eigentumsfrage löst oder nicht, möchte ich einem Hauptargument, das für diese Ansicht angeführt wird, entgegentreten.

Unter Berufung auf Art. 36 der Wechselordnung, „der Inhaber eines indossirten Wechsels wird durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimirt", klammert man sich an das letzte Wort „legitimirt". Ob eine derartige Auslegung die richtige ist, mag dahingestellt bleiben, es soll nur darauf hingewiesen werden, dass sie nicht die einzig mögliche ist. Mit demselben Recht kann man den Art. 36 dahin auslegen, dass man annimmt, der Ausdruck legitimirt sei nur deshalb gebraucht, um den zahlenden Schuldner zu schützen. Der legitimirte Präsentant braucht nicht Eigentümer des Wechsels zu sein, der Schuldner soll ihm aber trotzdem im Interesse des Wechselverkehrs zahlen ‚dürfen.[12]) In welchem Verhältnis der Gläubiger durch Nebenabreden zu dem Wechsel steht, ist eine für den Schuldner gleichgültige Frage, da er nicht wissen will, wer Eigentümer ist, sondern an wen gezahlt werden kann.[13])

Um nun beide Fälle in einem kurzen Ausdruck zu treffen, bediente man sich des Wortes „legitimirt", ohne demselben jedoch die untergeschobene Bedeutung beilegen zu wollen. Dadurch soll nicht dem Wechselrecht die Entscheidung über die Eigentumsfrage genommen werden, sondern es wird dem Inhaber der nicht Eigentümer ist, im Interesse des Schuldners die Berechtigung gegeben, Zahlungen in Empfang zu nehmen. Nach

11) a. a. O. S. 15. Kräwell a. a. O. S. 116. Bernstein W. O. S. 113. Fuss, die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken S. 84.

12) Aehnlich de Fontenäy a a. O. S. 70.

13) Seuff, A. 23, Nr. 61, das diesen richtigen Satz zur Begründung der Gegenansicht benutzt.

den allgemeinen Prinzipien über die Geltung des ius speciale ist anzunehmen, dass die Wechselordnung die Eigentumsfrage regeln will.[14]) Die Berufung auf die Kommissionsprotokolle,[15]) dass in der Wechselordnung statt des Wortes Eigentümer in dem Entwurf stets Inhaber gebraucht worden sei, ist keine Widerlegung unsrer Ansicht. Einerseits haben die Protokolle keine Gesetzeskraft, andrerseits könnte man aus der Ersetzung des Wortes Inhaber durch das Wort Eigentümer eher auf das Gegenteil schliessen.

Wenn man sich der einleuchtenden Ansicht Wulffs anschliesst, dass durch das Indossament und bona fides nebst dem Besitz als Bethätigung des auf Geben und Nehmen des Wechsels gerichteten Vertrags das Eigentum an dem Papier und der Forderung erworben wird, so entfällt damit die komplizirte Theorie Werthauers[16]) von dem Recht an, auf und aus dem Wechsel.

Ebenso unrichtig ist die von genannten Schriftstellern aufgestellte Behauptung[17]) das Indossament gebe nur eine jederzeit widerlegbare Präsumption betr. des Eigentums. Da der fiduziarische Nebenvertrag als genügend zu ihrer Widerlegung erachtet wird, so kann man nur sagen, dass diese Präsumption äusserst schwach sein müsste, und den Namen gar nicht verdiente, weil sie nicht einmal fähig wäre, vor der causa eines abstrakten Vertrages Stand zu halten. Nur durch wechselrechtliche Mittel, worunter auch der Art. 82 der Wechselordnung zu zählen ist, kann das Eigentum des Inhabers widerlegt werden. Aber es wäre falsch, deshalb von einem nur präsumirten Eigentum zu reden.

Man wird dem Wesen des Indossaments nicht gerecht, wenn man behauptet, ungeachtet des Eigentumsindossaments sei der Indossatar nicht Eigentümer, „und ein Dualismus zwischen

14) Vgl. auch Wulff a. a. O. S. 54 ff.

15) Neumann a. a. O. S. 80.

16) a. a. O. S. 661 ff.

17) z. B. Davidsohn a. a. O. S. 15. Neumann a. a. O. S. 80. Seuff, Arch. Bd. 12, Nr. 67. R. O. H. G. Bd. X. S. 83.

formeller und materieller Gläubigerschaft ist in diesem Sinn nicht anzuerkennen".[18])

§ 20. Der Indossatar ist dolos mangels eines eigenen Interesses an Geltendmachung der Wechselforderung.

Als einen weiteren Grund für das Vorhandensein eines dolosen Verhaltens des Indossatars und dafür, dass er sich Einreden ex persona indossantis gefallen lassen müsse, macht man geltend, der als Kläger auftretende Indossatar habe kein eigenes Interesse an der Wechselforderung, da er das Geld doch nicht behalten, sondern nur an den Indossanten abliefern solle. Auf diese Weise werde der Indossant durch Vorschiebung des Indossatars ungerechtfertigt bereichert, was gegen Treu und Glauben verstosse.[1]) Andere[2]) begründen den dolus damit, dass das Ergebnis, welches die Obligation vermitteln soll, nach den Beziehungen zwischen dem Schuldner und dem Geschäftsherrn ein dem Recht widersprechendes wäre, und es unbillig sei, dass jemand für Rechnung eines andern fordere, was dieser andere dem Beklagten wiedergeben müsse. Die Annahme des dolus hat auch hier ihren Grund in dem den Parteien vorschwebenden endgültigen Zweck ihrer Abmachungen, in einer gleichmässigen Beurteilung des dinglichen und des obligatorischen Vertrages, die schliesslich darauf hinausläuft, in dem Letzteren die Verdeckung des simulirt dinglichen Vertrages zu erblicken.

Dieser Ansicht sind sowohl das Reichsgericht wie auch andere Gerichtshöfe gefolgt.[3]) Ebenso verlangt Kohler a. a. O. S. 151, trotzdem er den Indossatar für den Eigentümer hält, ein Interesse, das dieser an der Geltendmachung der Forderung haben müsse.

Wenn hier als Charakteristikum des dolus auf Seiten des Indossatars sein Interesse an der Geltendmachung der Forderung angeführt wird, so hat man sich damit wieder auf einen nicht

18) Goldschmidt, in der Zeitschrift Bd. XXVIII. S. 82.

1) Regelsberger a. a. O. S. 190, Goldsch. Zeitschr. Bd. XIII. S. 258.

2) Dungs a. a. O. Bd. XXXII. S. 39 und auch Goldschmidts Zeitschrift Bd. XIII. S. 258.

3) R. G. Bd. 23. S. 125. Bd. 32. S. 129. Seuff. A. Bd. 22. Nr. 165. Dreyer a. a. O. S. 465.

in Betracht kommenden rein wirtschaftlichen Standpunkt begeben und beurteilt juristische Thatsachen nach ihrem ökonomischen Erfolg. Der Durchschnittsgläubiger wird freilich ein Interesse daran haben, die beizutreibende Forderung auch seinem Vermögen einzuverleiben, man darf aber deshalb nicht den Schluss ziehen, dass der Mangel dieser Absicht einen Einfluss auf die Gläubigerstellung ausüben könne. Das Wort Interesse in dem hier gebrauchten Sinn, soll den Massstab für die Berechtigung abgeben, indem man die blosse Ausübung eines Rechts ohne eigenes Interesse, d. h. den auf eigennützigen wirtschaftlichen Erwerb gerichteten Beweggrund, als widerrechtlich betrachtet.

Damit wäre für das Recht nicht die gesetzliche Norm, sondern die wirtschaftliche Erscheinung als massgebend erklärt; der Kauf nummo uno wäre Schenkung. Eine derartige Konsequenz haben jedoch die Anhänger dieser Ansicht nicht gezogen, und Kohler z. B. bekämpft sie. Warum der Indossatar sein Recht geltend macht, ist ebenso gleichgültig und ebenso nebensächlich für den Gegenkontrahenten, wie die Frage für wen der Kommissionär auftritt.

Wer berechtigt ist, kann das Recht auch bei einem von wirtschaftlichen oder ethischen Standpunkt aus niedrigen Motiv geltend machen, ebenso wie es der Nichtberechtigte bei den edelsten Absichten nicht vermag.

Vom juristischen hier allein geltenden Standpunkte aus wird der Indossatar bereichert, aber nicht ungerechtfertigt.[4]) Was er später mit dem Gelde anfängt, ist für unsre Frage ohne Belang. Eine ungerechtfertigte Bereicherung kann nur der verteidigen, der den Indossanten als eigentliche Partei, den Indossatar als vorgeschobene Person betrachtet, eine Ansicht, die dem hier vertretenen Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts widerspricht.

Einen Versuch, das Recht des Indossatars zu retten, unternimmt Grünhut,[5]) indem er nachzuweisen sucht, dass dieser ein eigenes Interesse an der Forderung habe, da ihm meist ein An-

4) Andrer Meinung Regelsberger a. a. O. S. 192.
5) a. a. O. S. 143.

spruch auf Provision zustehe, oder er den Erlös zur Aufrechnung benutzen könne.

Dass auf Seiten des Indossatars oft derartige Interessen vorhanden sein mögen, mag zugestanden werden, es ist aber eine andre Frage, ob dieselben hinreichen können, die unhaltbare Stellung des Indossatars zu retten.

Diese Frage ist zu verneinen Handelt der Indossatar unredlich, so kann ihm durch diese Annahme nicht geholfen werden, weil das, was ihn interessirt, kein Interesse an dem Rechtsgeschäft selbst ist. Was ihn interessirt, ist allein das Gelingen des Betrugs, um den Lohn für seine böse That zu bekommen.

Für uns ist die ganze Frage, betr. des Interesses ohne Bedeutung. Der Indossatar erhält durch das Indossament Eigentum an dem Wechsel und übt danach ein ihm zustehendes Recht in einer von dem Gesetz erlaubten Art aus.

Zu einer von dieser abweichenden Auffassung kann man nur auf Grund einer unrichtigen Beurteilung der rechtlichen Natur des Indossaments gelangen, indem man es entweder wie Davidsohn für einen der Zession ähnlichen Übertragungsakt hält, oder indem man es mit der Delegation vergleicht.[6])

Das eine ist ebenso unstatthaft wie das andere und gegen eine Heranziehung der Delegation hat sich Werthauer[7]) ausgesprochen, dessen Begründung ich mich in allem anschliesse. „Die Heranziehung der Delegation ist offenbar verfehlt; abgesehen davon, dass die Delegation ein nur obligatorisches Band zwischen Delegatar und Deleganten voraussetzt, fehlt worauf es hier gerade ankommt, der Charakter eines dem strengen Recht[8]) unterliegenden Instituts."

§ 21. Der dolus wird in anderen genau substanziirten Thatbestandsmerkmalen gefunden.

Diese Ansicht legt bei den zur Begründung der exceptio doli gegen den klagenden Indossatar erforderlichen Thatbestands-

6) Thöl, Handels-Recht Bd. II. S. 742. Dungs a. a. O. S. 36. Regelsberger a. a. O. S. 193.

7) a. a. O. S. 650.

8) Dieser Ausdruck in der hier vertretenen Bedeutung, nicht im Werthauer'schen Sinn.

merkmalen auf das subjective Moment, ein spezielles Wissen oder ein festes Überzeugtsein von dem Bestehen und der Begründetheit gewisser Einreden das Hauptgewicht. Die Meinungen gehen auch hier auseinander, und zwar insofern, als man darüber nicht einig ist, ob dieser substanziirte dolus nur auf Seiten des Indossatars vorhanden sein müsse [1]), oder ob es nötig sei, dass Indossatar und Indossant im gemeinsamen Einverständnis handeln, in der betrügerischen Absicht die Einreden, die nach ihrer Überzeugung stichhaltig sind, abzuschneiden.[2])

Um die Berechtigung dieser Theorie, ihre Vorzüge und Nachteile würdigen zu können, wollen wir sie mit der objektiven vergleichen Wie schon ausgeführt, leidet die Letztere an dem bedenklichen Mangel, dass sie sich nicht in eine feste und prägnante Form bringen lässt, und dass daher der freiesten Auslegung Spielraum gelassen wird, die es in der äussersten Konsequenz als dolus betrachtet, wenn sich der Gläubiger der ihm durch die Rechtsordnung an die Hand gegebenen Mittel bedient.[3]) Auf diese Weise hat man leicht den dem Gläubiger nachzuweisenden dolus festgestellt. Will man sich jedoch von einer derartigen Auslegung fern halten, so wird man den dolus nur dann berücksichtigen können, wenn er aus dem einzelnen Fall und mit Rücksicht auf die einzelnen Personen erweisbar ist, und damit stets mehr oder weniger in die Bahnen der Theorie geraten, die den Nachweis eines genau substanziirten dolus verlangt. Aus diesen Thatsachen geht hervor, dass der letzerwähnten Ansicht im Interesse einer gleichmässigen Rechtssprechung und der Rechtssicherheit der Vorzug einzuräumen ist.

Wie angedeutet, sind auch hier viele Punkte bestritten, so vor allem, ob die einseitige Kenntnis des Indossatars von dem unrechtmässigen Handeln genüge, oder ob dieselbe auf beiden Seiten erforderlich sei. Ausserdem gehen die Meinungen auseinander über die Art der Erlangung dieser Kenntnis, über ihre Stärke, sowie darüber eine wie intensive Überzeugung sich

1) Wie R. O. H. G. Bd. VI, S. 4. VII, S. 245. XV. S. 23. Seuff. A. 18 Nr. 41 a. Goldschm. Zeitschr. XIII, S. 297. Lang a. a. O. S. 339.

2) Wie R. O. H. G. Bd. VIII, S. 357. VI, S. 110. XIII, S. 261.

3) wie besonders in Goldschmidts Zeitschr. Bd. XIII S. 258.

bei den Parteien über die Stichhaltigkeit der abzuschneidenden Einreden gebildet haben müsse.

Zunächst nun zu dem ersten Punkt. Hier muss im Voraus bemerkt werden, dass m. E. der einseitige böse Glaube des Indossatars unmöglich zur Begründung der exceptio doli genügen kann in dem Falle, wenn der gutgläubige Indossant den Wechsel an einen Dritten weitergiebt, der zufällig etwas von dem Bestehen von Einreden weiss, die der Indossant jedoch ohne jedes Verschulden nicht kennt. Die Kenntnis des Indossatars von derartigen Einreden kann natürlich keinen dolus auf Seiten des Indossanten begründen, ebenso wie umgekehrt die Arglist des Indossanten dem unwissenden Indossatar den guten Glauben nicht nehmen kann. Auch lässt sich der Indossant dadurch keine Nachlässigkeit zu Schulden kommen, dass er den Indossatar nicht ausfragt, ob ihm etwa Einreden bekannt seien. Dazu hat er weder das Recht, noch die Pflicht[4]) und es wäre eine exceptio ex iure tertii, wenn man dem Schuldner erlauben wollte, auf persönliche Einreden gegen den Indossanten zurückzugreifen, weil man dadurch in unzulässiger Weise die Wirksamkeit eines in der Reihe befindlichen Giros von der Berechtigung des Vorindossanten abhängig machen würde. Allein dolos wäre im schlimmsten Fall der Indossatar, dessen dolus jedoch nicht dem Indossanten entgegenstehen kann, auf dessen Person es ja gar nicht ankommt; und es wäre nicht richtig ihn durch das plötzliche Wiederaufleben aller persönlichen Einreden, thatsächlich die Kosten für einen angeblichen dolus des Indossatars tragen zu lassen.

Eine derartige Entscheidung wäre unbillig, „da der dolus des Indossatars allein an dem vollgültigen Indossament nichts ändern kann.“[5])

Andrerseits ist auch die Annahme einer Arglist bei dem Indossatar nicht begründet, da ihm das, was zwischen dem Indossanten und dem Schuldner schwebt, gleichgültig sein kann, zumal er auch gar nicht weiss oder zu wissen braucht, ob sich

4) Seuff, Arch. Bd. 37. Nr. 332. Borchardt W. O. S. 194. Nr. 7.
5) Goldschm. Zeitschr. Bd. 16. S. 647.

die Beiden nicht wegen der verlorengehenden Einreden anderweitig geeinigt haben.

Aber abgesehen von derartigen Erwägungen kann den Indossatar der Vorwurf dolosen Handels nicht treffen, wenn er weiss, dass einem Dritten nach gesetzlichen Vorschriften Einreden abgeschnitten werden sollen, und wenn er dabei mitwirkt.

Nach dem Gesagten kann es nur noch fraglich erscheinen, ob eine beiderseitige Kenntnis der Kontrahenten von dem Verlust der Einreden einen dolus begründen könne.

Die Antwort darauf lautet, dass dies unter Umständen anzunehmen ist. Es wird das, abgesehen von später zu erwähnenden Umständen, dann zu treffen, wenn beiden Teilen eine gemeinsame Kenntnis von dem Bestehen stichhaltiger Einreden nachgewiesen werden kann. Wie intensiv diese Kenntnis sein muss, dafür kann kein abstrakter Massstab gegeben werden, das ist quaestio facti, und kann bei der engen Begrenzung der Zulassung der exceptio doli auch nicht zu Missständen führen. Einen ähnlichen Gedankengang verfolgt das Reichsoberhandelsgericht mit seinen oft angefochtenen Ausdruck „des Überzeugtseins von der Stichhaltigkeit der Einreden". Man fand diese Ausdrucksweise deshalb fehlerhaft, weil durch das Hereinbringen des subjektiven Moments ein Unterschied zwischen Juristen und Nichtjuristen, zwischen Klugen und Dummen gemacht werde, da die Überzeugung doch nur nach dem Auffassungsvermögen des Einzelnen gemessen werden könne.[6])

Dieser Einwand trifft, so verlockend er auch auf den ersten Blick erscheinen mag, den Punkt nicht, der durch ihn widerlegt werden soll. Es ist nur die Wiederholung der theoretischen Streitfragen, die über das Wesen der bona fides überhaupt bestanden, und höchstens ein stichhaltiger Einwand gegen die Wächter'sche Glaubenstheorie. Vielleicht trägt daran der nicht günstig gewählte Ausdruck „Überzeugung" die Schuld, was jedoch nicht verhindert, dass man hier denselben Massstab anlegen muss, wie für die sonstige Beurteilung der mala fides. Das Wort „Überzeugung" ist hier nur gebraucht, um das Vorhandensein der mala fides anzudeuten, und diese ist ein objektiv

6) Werthauer a. a. O. S. 644. Neumann a. a. O. S. 93. Busch a. a. O. S. 92. Engländer a. a. O. S. 30.

ethisch rechtlicher Begriff und somit gleichmässig ohne individuelle Berücksichtigung des Bildungsgrades des einzelnen anzuwenden. Auf dieser Grundlage wird auch hier, wie sonst, eine Norm zur Erkenntnis der mala fides gegeben sein. Regelsberger[7]) sucht diesem Einwande durch eine negative Fassung des dolus Begriffes zu entgehen, indem er sagt, der Indossatar dürfe die ihm bekannten Einreden nicht mit Grund für nicht stichhaltig erachten. Doch könnte man m. E. dieser Fassung denselben Vorwurf, wie der positiven machen.

Die weitere Frage, auf welche Art der Indossatar oder Indossant die Kenntnis erlangt haben, gestattet keine einheitliche Beantwortung. Das kann auf so verschiedenartige Weise vor sich gegangen sein, dass sich eine alle möglichen Fälle umfassende Regel nicht aufstellen lässt. Nur soviel kann man behaupten, dass das Erfordernis einer speziellen Mitteilung des Indossanten an den Indossatar als allein den dolus begründend einseitig und unhaltbar ist,[8]) da sich unter diesen Umständen der Indossant wohl hüten würde, sich selbst den Boden unter den Füssen zu entziehen. Andrerseits darf man auch nicht jede nur aus dem vorliegenden Thatbestand vermutete, im übrigen aber nicht klar nachgewiesene Kenntnis für ausreichend erachten, weil man sonst in weitgehender Anwendung des bona fides Prinzips in jeder unschuldigen Thatsache ein Kennen oder Kennenmüssen des Indossatars vermuten würde.

Die Kenntnis muss in irgend welcher ausdrücklichen Abmachung oder in einer stillschweigenden Übereinkunft liegen, und bei Letzterer noch der Beweis erbracht werden, dass sie zu einem substanziirten Wissen des Indossatars von der bösen Absicht auch hinreichend sei. So schwierig der Beweis aller dieser Erfordernisse auch sein mag, so erachte ich ihn trotzdem, falls er erbracht, nicht für ausreichend, um die Handlungsweise des fiduziarischen Indossatars zu einer dolosen zu stempeln. Man muss sich stets vor Augen halten, was auch zwischen den Parteien verabredet sein mag, der Indossatar macht:

7) a. a. O. S. 191.

8) Werthauer a. a. O. S. 644. u. dort Angef.

1. sein eigenes Recht geltend.

2. in einer von der Rechtsordnung gebilligten Art.

Deshalb kann man ihn nicht ohne Weiteres aus seiner rechtlichen Position drängen, sondern nur auf Grund wichtiger Thatsachen. Die bis jetzt angeführten Thatsachen erscheinen mir nicht wichtig genug, es muss noch etwas hinzukommen. Für derartige Fälle, möchte ich den § 226 B. G. B. analog angewandt wissen. Danach wäre zur Begründung der exceptio doli gegen den Indossatar ausser den schon angeführten Erfordernissen noch der Nachweis zu verlangen, dass die ganze Eigentumsübertragung nur den Zweck gehabt haben kann, dem Schuldner Schaden zuzufügen, m. a. W. ihn um seine persönlichen Einreden gegen den Indossanten zu bringen.

Erst durch eine analoge Anwendung des genannten Paragraphen bringt man die Unrechtmässigkeit der Handlungsweise des Gläubigers zum Ausdruck. Ohne das macht er sein Recht in erlaubter Weise geltend; durch den Verstoss gegen § 226 ist eine Rechtswidrigkeit festgestellt, die ohne Schwierigkeit zur Begründung des dolus ausreicht.

Ähnliche, aber nicht deutlich zum Ausdruck gebrachte Gesichtspunkte scheinen in manchen Fällen, für die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts massgebend gewesen zu sein. In einer Entscheidung[9]) sucht das genannte Gericht wiederholt die Erfordernisse der exceptio doli gegen den klagenden Indossatar auf das Genauste zu präzisiren und später[10]) stellt es den Satz auf, ein blosses Wissen von dem Bestehen der Einreden und der Abschneidungsabsicht genüge nicht, und verlangt noch das Hinzutreten „ganz besonderer Umstände."

Es soll hier nicht geleugnet werden, dass eine derartige rechtlich begründete Beschränkung der exceptio doli gegen den fiduziarischen Indossatar manchmal dem feinern Taktgefühl und dem moralisch-ethischen Anschauungen widersprechen kann, aber man muss in dieser Beziehung mit Planck,[11]) sagen, „dass die Rechtsordnung ausser Stande ist, die Rechte in solcher Art zu begrenzen, dass ihre Ausübung unter keinen Umständen den

9. Bd. VII. S. 245 ff.

10) Bd. X. S. 388.

11) Kommentar des bürgerl. Gesetzb. Bd. I. 276.

Geboten der Sittlichkeit widerstreitet. Für das sittliche Gebot ist in letzter Instanz massgebend das Gebot der Liebe. Dies Gebot zu verwirklichen ist der Rechtsordnung nicht möglich und nicht ihre Aufgabe."

Vom Standpunkt derartiger Anschauungen aus lässt sich allein schon die Thatsache rechtfertigen, dass dem Beklagten dieser schwierige Nachweis wohl nie gelingen, und dass eine so eingeschränkte exceptio doli gegen den fiduziarischen Indossatar so gut, wie gar nicht praktisch werden wird.

Das ist jedoch kein Schaden, es entspricht dem auf prompte und schleunige Erledigung zielenden Wechselprozess. Wer irgend wie mit dem Wechsel zu thun hat, setzt sich bei dieser allbekannten Eigenschaft der Wechselobligation wissentlich, und wie gezeigt, meist nicht ohne entsprechenden Vorteil derartigen Gefahren aus.

Eine ausgedehntere Zulassung der exceptio doli würde in den meisten Fällen eine Prozessverschleppung zur Folge haben, die das Gesetz nicht will, und die deshalb verhindert werden muss.

Wenn dagegen in etwas resignirt klingender Form eingewandt worden ist[12]) der Schuldner könne diesen Erfolg auch auf andere Art erreichen, und deshalb könne man ihm auch diesen Weg offen lassen, so muss man eine derartige Schlussfolgerung als jedem Rechtsgefühl widersprechend bezeichnen.

Das Gegenteil ist das Richtige. Statt dem Schuldner auf diese Art eine vom Gesetz gemissbilligte Handlungsweise möglichst zu erleichtern, muss man demselben umsomehr den Weg des Unrechts abzuschneiden suchen.

Das sind etwa die Gründe, die man für das Vorhandensein eines dolus für den Fall geltend macht, dass ein sog. verstecktes Prokuraindossament ausgestellt worden ist. In mancher Beziehung haben diese Ansichten sehr wenig gemeinsames, aber überall sieht man in dem Gebrauch des Voll- statt Prokuraindossaments eine Arglist. Von der gemässigten Meinung,[13]) dass zwar im Allgemeinen kein dolus anzunehmen sei, dass er aber in der Art des Abschneidens von Einreden enthalten sein

12) Neumann a. a. O. S. 89.
13) Seuff, Arch. Bd. 25. Nr. 164.

könne, bis zu der extremen einzig dastehenden Entscheidung[14]) der Einwand des Mandats sei stets „unzweifelhaft,“[15]) aus dem Wechselrecht entnommen, sind alle Zwischenformen vertreten.

Wegen der schon oben betonten Schwierigkeit einer systematischen Klassifizirung dieser höchst verschiedenartigen Ansichten hat sich vielleicht eine gewisse Willkür bei der Anordnung nicht vermeiden lassen, und das kommt daher, weil selten die Annahme einer Arglist des Klägers einheitlich begründet ist, und z. B. neben einem nicht näher substanziirten dolus von einem Mangel an eignem Interesse auf Seiten des Indossatars oder von einem Missbrauch der Form die Rede ist.

M. E. geht die Begründung der exceptio doli überall aus einer Vermischung mehrerer der bis jetzt behandelten Ansichten hervor, und wenn einmal eine gerichtliche Entscheidung den einen oder anderen Punkt für genügend erachtet hat, so ist dies weniger deshalb geschehen, weil man nur den behandelten Grund geltend lassen wollte, sondern weil der vorliegende Fall keine Veranlassung zur weiteren theoretischen Erörterung über die Zulassung der exceptio doli gab.

c) Einwirkung der Zeit auf den dolus des Indossatars.

§ 22. Zu welcher Zeit muss der Indossatar seine Kenntnis erlangt haben?

Abgesehen von diesen Erfordernissen zur Begründung der exceptio doli, kommt es noch darauf an festzustellen, zu welcher Zeit der Indossatar die Kenntnis von dem Bestehen der abzuschneidenden Einreden gehabt haben muss. Hierüber bestehen drei Meinungen:

1. Es wird die Kenntnis zur Zeit des Erwerbs des Wechsels durch den Indossatar gefordert wie:

R. O. H. G. I. S. 277. VII 245 XV 23. Seuff. A. Bd. 12. Nr. 190. 296. 18. Nr. 41 a. R. G. 32. S. 129. Staub Komm. zu W. O. S. 45. Wächter W. R. S. 238. Goldschmidt Zeitschr. XIII S. 297. Gruchot Beitr. 27. S. 997. Kowalzig W. O. S. 89.

---

14) Siebenhaars Arch. Bd. 12. S. 186.

15) Mit diesen Worten ist die Entscheidung begründet.

2. Jede Kenntnis, auch eine später erlangte, selbst die während des Prozesses macht den Indossatar dolos. R. O. H. G. 13. S. 257. Seuff. A. 22 Nr. 71. 45 Nr. 119. R. G. 4. S. 100. Goldschm. Zeitschr. Bd. 31. S. 381, Dernburg Preuss Priv. R. S. 858.

3. Es wird gleichgültig erachtet, ob und wann der Indossatar eine Kenntnis von entgegenstehenden Einreden hatte. Kohler a. a. O. S. 151. Davidsohn a. a. O. S. 9. Dungs a. a. O. S. 40. Engländer a. a. O. S. 30.

Bei einer Beurteilung dieser Ansichten kommt die unter 3 genannte völlig ausser Betracht, und m. E. ist der unter 1 angeführten der Vorzug einzuräumen Abgesehen von den übrigen zur Begründung eines dolus nötigen Voraussetzungen, ist es eine den guten Glauben des Indossatars ausschliessende Thatsache, wenn er bei Erwerb des Wechsels weiss, dass zwecks Abschneidung von ihm bekannten Einreden indossirt werden soll. Ein solcher Indossatar hat wenigstens e i n e Vorbedingung erfüllt, um sich als Werkzeug des Betruges benutzen zu lassen.

Das ist aber auch die äusserste Grenze in der Zulassung der exceptio doli, und man darf darin nicht soweit gehen, wie es die Vertreter der anderen Ansicht thun, die eine Kenntnis sogar noch im Laufe des Prozesses als genügend gelten lassen wollen. Der formvollziehende Wille in Verbindung mit dem guten Glauben schaffen nach der Wechselordnung Recht,[1]) und wenn der Indossatar dem Wechsel gutgläubig erworben hat, ist er auch Eigentümer desselben geworden und bleibt es. Die Annahme der ersten und die Ablehnung der zweiten Ansicht ist deshalb nicht inkonsequent, wie Werthauer[2]) meint, weil es auf den Erwerb, und nicht auf die Geltendmachung des Rechts ankommt. Ausserdem gelten auch im Zivilrecht für die Feststellung der mala fides superveniens andre Regeln, wie für die ursprüngliche mala fides. Was hier dolos ist, ist es dort nicht.

Diese Grundsätze sind auch für das Wechselrecht anzuwenden, und sie entscheiden über den guten Glauben des Indossatars — hier das entschuldbare Nichtwissen zur Zeit des Erwerbes. Unter dieser Voraussetzung hat der Indossatar sein

1) Wulff a. a. O. S. 30.
2) a. a. O. 645.

Recht erworben; was er später oder im Laufe des Prozesses erfährt, vermag den einmal begründeten guten Glauben, und somit seine Eigentümerstellung nicht zu erschüttern. Wenn sich daher der Indossatar trotz der später erlangten Kenntnis auf sein erworbenes Recht beruft, so kann man das nicht als „ein Verharren in dem dolus“ bezeichnen, da er Eigentümer geworden ist, und das ihm zustehende Recht geltend macht, dessen Folgen daher auch nicht unrechtmässige sein können.

Andernfalls würde man den Indossatar nötigen ruhig zusehen zu müssen, wie der von ihm rechtlich erworbene Wechsel plötzlich im Prozesse durch Geltendmachung derartiger Behauptungen ein wertloses Stück Papieres würde.

Ob eine solche Behandlungsweise der bona fides entspräche, möchte ich bezweifeln.

Worin der dolus des Indossatars, der auf seinem Recht beharrt, bestehen soll, ist auch von dem hier bekämpften Standpunkte aus aus dem Grunde nicht erklärlich, da dasjenige, was der Indossatar im Prozesse erfährt, gar nicht die Kunde einer betrügerischen Handlung ist. Wenn es schlimm steht, so hat vielleicht der Indossant den Wechsel, der für seine Person wegen der entgegenstehenden Einreden wertlos war, weiter indossirt, um ihn auf diese Weise für sich zu erhalten. Das ist jedoch nach den Bestimmungen der Wechselordnung (natürlich abgesehen von § 226 B. G. B.) kein Betrug, und bedarf nach den bis jetzt aufgestellten Grundsätzen keines Beweises mehr. Damit entfällt für uns die Notwendigkeit eines weiteren Eingehens auf die Frage, ob die Stellung des Indossatars durch eine Kenntnis des wahren Sachverhalts im Laufe des Prozesses beeinflusst werde, und man kann sich Dreyer[3]) nur anschliessen, der meint eine derartige begründete exceptio doli habe mit der wahren exceptio doli ausser dem Namen nichts gemein. Es ist nur die auf der falschen Ansicht gegründete Meinung, dass der Indossatar in Wahrheit doch nur Mandatar sei. Man scheut sich offen mit dieser längst widerlegten Ansicht hervorzutreten, und sucht sie unter falschen Namen wieder in das Wechselrecht hineinzubringen. Die Vertreter der an dritter Stelle aufge-

3. a. a. O. S. 645.

führten Entscheidungen haben sich mit der Frage nach der Zeit des Vorhandenseins des dolus nur deshalb nicht beschäftigt, weil sie in dem fiduziarischen Indossament schon aus anderen Gründen, wie wegen Mangels des eignen Interesses, Missbrauchs der Form u. s. w. einen dolus sehen. So legt Davidsohn[4]) auf die Zeit der Kenntnis kein Gewicht, weil er behauptet, dass ein wahrer Erwerb durch den Indossatar niemals stattgefunden habe, und zieht aus dieser dem Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes widersprechenden Ansicht die Konsequenz der Meinung derer, welche der mala fides superveniens die gleichen Wirkungen, wie der ursprünglichen mala fides zuschreiben wollen.

d) Einwirkung des Verhaltens des Indossatars auf seine Stellung.

§ 23. Welchen Einfluss hat es, wenn der Indossatar im Prozess einräumt fiduziarischer Indossatar zu sein?

Eine weitere Streitfrage knüpft sich daran an, was zu geschehen habe, wenn der Indossatar im Laufe des Prozesses einräumt, dass er „nur fiduziarischer" Indossatar sei, oder wenn er, wie man sich unrichtig ausdrückt, gesteht nur für den Indossanten zu klagen, und dadurch den sogen. „wahren" Sachverhalt aufdeckt.

Richtig gestellt würde diese Frage etwa folgendermassen lauten:

Hat es irgend welchen Einfluss auf die Stellung des Indossatars, wenn derselbe die wirtschaftliche Simulation fallen lässt und den Inhalt des negatorisch-obligatorischen Vertrages kundgibt?

Für eine beeinflussende Wirkung stimmen:

R. O. H. G. 10 S. 385, Bd. 21 S. 117, 22 S. 173. Siebenhaars Arch. Bd. VII S. 186. Wächter W. R. S. 238. Kreis Wechselordnung S. 39. Rehbein Komentar zu W. O. S. 33. Kowalzig W. O. S. 89. Bernstein W. O. S. 113. v. Canstein W. O. S. 411 und die dort in Anm. 30 angeführten.

Wenn man wie gen. Schriftsteller eine derartige Einräumung im Prozesse in dieser Weise gelten lassen will, so kann das zwei verschiedene Wirkungen ausüben:

4. a. a. O. S. 10. 11.

1) Der Vollindossatar sinkt dadurch zu einem nur zivilrechtlich Bevollmächtigten herab.

2) Der Vollindossatar könnte auch als Prokuraindossatar erscheinen.

Zu 1) Die erste Ansicht ist die richtigere, und man müsste ihr etwa dann zustimmen, wenn der Indossatar eine zwischen ihm und dem Indossanten stattgefundene Simulation aufgedeckt hätte, und dies ist deshalb auch das Resultat, zu dem die Anhänger einer Simulation bei dem fiduziarischen Indossament folgerichtig kommen mussten.

Für denjenigen, dem das fiduziarische Indossament dagegen nur die Simulation des wirtschaftlichen Zweckes andeutet, kann ein solches Zugeständnis keine Änderung in den bisherigen Parteirollen bewirken. In dem Zugeständnis liegt kein Verzicht auf die Eigentümerstellung, sondern es wird nur der zwischen den Parteien geschlossene, und für sie allein bestimmte Nebenvertrag kundgegeben. Da diese Wirkung nicht für die Aussenwelt bestimmt, ist seine Bekanntgebung ebenso überflüssig wie rechtlich wirkungslos, und es ist deshalb die Behauptung verfehlt, dass sich der Indossatar durch die Kundgebung jener an und für sich bedeutungslosen Thatsache seiner Eigentümerstellung begeben habe. Eine nähere Begründung, warum es der Indossatar in der Hand haben sollte, sich ganz nach Belieben als Vollindossatar oder als der Bevollmächtigte seines Vormannes zu geriren, ist überall zu vermissen. Es erscheint das um so verwunderlicher, weil ausdrücklich anerkannt wird, der Indossatar sei durch das Indossament Eigentümer des Wechsels geworden.[1]) Wenn dies zugegeben wird, so ist es unerklärlich, wie man dazu kommt dem Kläger einzuräumen seine Stellung durch Bekanntgebung einer gleichgültigen Thatsache nach Willkür zu ändern. Durch eine solche Behandlungsweise ist dem Betrug Thür und Thor geöffnet, und der auf seinen Vorteil bedachte Indossatar würde, wie es für ihn gerade am günstigsten wäre, als Mandatar oder als Eigentümer des Wechsels auftreten können.[2])

1) Kreis a. a. O. S. 39. R. O. H. G. Bd. 21 S. 173.

2) In dem hier geäussertem Sinn R. G. Bd. 27 S. 129.

Zu 2) Andere[3] behaupten der Indossatar werde durch die Aufdeckung des Mandatsverhältnisses zum Prokuraindossatar; es sei also in dem Vollindossament als dem maius stets das Prokuraindossament als das minus enthalten.

Ob diese Behauptung richtig ist, lässt sich nur aus dem Wechselrecht selbst beurteilen, ohne auf Analogien des Zivilrechts zurückzugreifen. Es giebt im Wechselrecht zwei Formen von Indossamenten, dass Voll- und das Prokuraindossament. Wer die eine Art gebraucht hat, der hat sie auch gewollt, denn „der Mangel der Form kann nicht durch den Gegenbeweis des Willens ein Prokuraindossament auszustellen ersetzt werden. Der Indossatar hat sich selbst die Folgen des Vollindossaments zuzuschreiben, denn er konnte ja apertius scribere".[4])

Das Indossament ist ein schriftliches Anerkenntnis, dass Eigentum auf den Indossatar übergegangen und deshalb ist die causa der Eigentumsübertragung nicht mehr zu untersuchen. Es ist auch nicht richtig, dass sich das Prokuraindossament dem Vollindossament gegenüber nur als ein minus darstellen solle. Das Prokuraindossament ist eigentlich überhaupt kein Indossament im engeren Sinn, da es nicht alle charakteristischen Funktionen desselben hat, und deshalb auch ganz von diesem verschiedene Wirkungen hervorbringt. Genau genommen stellt es nur eine wechselrechtliche Vollmacht dar, und ist damit nicht nur quantitativ, sondern qualitativ von dem Vollindossament unterschieden. Daher kann es auch nie in ihm enthalten sein, und wer die eine von den beiden Formen wählt, der wählt sie mit Ausschluss jeder anderen.[5])

Es gilt hierfür genau dasselbe, wie bei dem Indossament ohne Obligo. Auch hier sind zwei sich ausschliessende Formen vorhanden, und ist die eine gewählt, so gilt sie und nur sie.

Mit Recht kann man daher dem scharfen Urteile Kochs[6]) beistimmen, dass die Theorie des verkappten Prokuraindossaments

3) z. B. R. O. H. G. Bd. 22 S. 173.

4) Grünhut W. R. S. 146.

5) R. O. H. G. VI S. 57, XVII S. 407. Indirekt auch XIX S. 44. I S. 170. Siebenhaars Arch. IV S. 340. R. G. 27 S. 128. Gruchot Beitr. Bd. 26 S. 724.

6) Archiv für W. R. S. 289.

auf zivilistischen Vorurteilen beruht, welche sich zu einem Begriffe formaler Rechtsgeschäfte nicht erheben können. Nemo sibi causam possessionis mutare potest, und deshalb kann man es auch nicht als in dem Zugeständnis enthalten ansehen, bis jetzt wolle der Indossatar als Vollindossatar aufgetreten sein, von nun ab wolle er nur als Prokuraindossatar gelten.[7])

Selbst wenn man in der Kundmachung des fiduziarischen Verhältnisses eine confessio in iure erblicken wollte, so ist es immer noch mehr als fraglich, ob der Indossatar dadurch zum Prokuraindossatar werden könne, wie verschiedentlich behauptet worden ist.[8]) Die Form steht dem entgegen, und ein Vollindossament kann nie als Prokuraindossatar legitimiren. Das unbeschränkte Indossament gibt im Gegensatz zu Davidsohn[9]) unumschränktes Recht, und daran kann nichts durch eine so unwesentliche Thatsache, wie die Darlegung des ökonomischen Zwecks des Rechtsgeschäftes geändert werden.[10])

Eine erwähnenswerte, von der hier vertretenen etwas abweichende Ansicht findet sich bei Canstein.[11]) wo unterschieden wird, ob der Indossatar sein wahres Verhältnis eingestehe, oder ob es ihm nachgewiesen werde. Im ersten Falle wird er als blosser Vertreter des Eigentümers behandelt, im letzten Fall soll er dagegen in Wahrheit Prokuraindossatar sein, wenn er sich wissentlich als Werkzeug hergegeben habe, um Einreden abzuschneiden.

Eine Begründung beider Unterscheidungen ist nicht angegeben und wohl auch schwer zu finden.

Ob eine an und für sich unbedeutsame Thatsache von dem Indossatar zugestanden, oder ob sie ihm nachgewiesen wird, das wird beides für das Recht gleichmässig belanglos sein.[12])

---

7) Neumann a. a. O. S. 92.

8) Werthauer a. a. O. S. 637. Siebenhaars Arch. Bd. I S. 66.

9) a. a. O. S. 20.

10) Wie hier R. O. H. G. VIII 301, XI S. 110, XIII S. 301. Regelsb. Arch. für zw. Prax. Bd. 63 S. 188. Kräwell im Busch Arch. Bd. 30 S. 253. Goldschm. Zeitschrift Bd. 16 S. 541, 41 S. 547. Andrer Meinung: Siebenhaars Arch. Bd. 14 S. 246. Goldschm. Zeitschr. II S. 127.

11) a. a. O. S. 411.

12) Eine derartige Feststellung hält für unwesentlich Goldschmidts Zeitschr. 16 S. 645.

e) Die Annahme einer Eigentumsteilung.

§ 24. Ist das Eigentum des Indossatars in irgend einer Richtung geteilt?

Am Schlusse dieses Abschnitts sollen noch zwei Ansichten Erwähnung finden, die bei der Ausstellung des Voll- statt Prokuraindossaments eine Teilung des Eigentums annehmen. Weiter oben, in dem allgemeinen Teil, ist schon von einer Teilung des Eigentums bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte gesprochen, aber ich habe geglaubt die letzten beiden Ansichten im Anschluss an den wechselrechtlichen Teil behandeln zu müssen, da sie sich vornehmlich auf die Natur des Wechsels und seiner besonderen Eigenschaften gründen. Skonietzki [1]) sieht in dem fiduziarischen Indossament eine von den Parteien vertragsmässig herbeigeführte Trennung zwischen der Dispositionsbefugnis, die der Indossatar ausüben soll, und dem Eigentum, dass bei dem Indossanten verbleibt. Der Dispositionsberechtigte kann dannach sein Recht (nicht das Eigentum) gegen Dritte ausüben, aber trotzdem soll ihm der Schuldner nur Einreden nach Art. 82 der Wechselordnung und nicht auch solche ex persona indossantis entgegensetzen dürfen. Eigentum erhält der Indossatar nicht, da dem der Vertragswille entgegen steht. Deshalb ist auch jederzeit der Beweis zulässig der Indossatar sei nicht Vollindossatar.

Den Beweis für seine Ansicht und die Zulässigkeit sowie das thatsächliche Vorhandensein dieser Teilung findet Skonietzki in analoger Anwendung ähnlicher Rechtsverhältnisse, wo derartige Teilungen vorkommen sollen, sowie in einer unrichtigen Bestimmung des Eigentumsbegriffs.

So meint z. B. Skonietzki die Teilbarkeit des Eigentums aus dem Bestehen der iura in re aliena ableiten zu können. Nach der herrschenden Ansicht, der heute niemand mehr widerspricht, wird dadurch das Eigentum nicht geteilt, sondern nur in einer seinem Wesen nicht widersprechenden Art beschränkt. Das zeigt die Konsolidation des Eigentums, die Thatsache, dass bei Wegfall der Beschränkung der Eigentümer ipso iure das un-

1) Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 29 ff., 210 ff., 540.

beschränkte Eigentum als das normale wieder erhält. Wäre hier eine Teilung eingetreten, so müsste bei Wegfall des Teilberechtigten z. B. dessen Rechtsnachfolger jedenfalls aber nicht der Eigentümer ohne Weiteres in die freie Stelle einrücken, ebensowenig, wie bei dem Miteigentum nicht der andere Miteigentümer an die Stelle des ausgefallenen Genossen tritt. Wenn auch bei dem Miteigentum die Teilung in einer ganz anderen Richtung erfolgt, so ist dieser Fall doch zur analogen Betrachtung heranzuziehen. Der Grund dieser unhaltbaren Auffassung liegt in einer offenbar missverstandenen Äusserung Windscheids,[2]) der sagt „das Eigentum sei nicht die Summe der an einer Sache denkbaren Befugnisse, sondern ihre Einheit.“ Dass Windscheid hiermit nicht den von Skonietzki hineingelegten Sinn verbunden hat, beweisst die Änderung, die er in der fünften Auflage wohl in Hinsicht auf dieses Missverständnis gemacht hat. Hier ist die Definition des Eigentums geändert und ausdrücklich hinzugefügt, dass mit der Alten nicht habe gesagt werden sollen, die Eigentumsbefugnisse seien das Prius und das Eigentum das Posterius. „Von den Befugnissen des Eigentums darf man nicht ausgehen, da das Eigentum nicht aus der zusammengefassten Mehrheit der Befugnisse besteht, sondern diese nur kraft des Eigentums da sind.“ Damit ist die Hauptstütze der Skonietzkischen Theorie gefallen.

Ebensowenig passt der von demselben Schriftsteller für seine Ansicht herangezogene Vergleich einer Teilung des Eigentums und der Dispositionsbefugnis zwischen dem wahren Grundstückseigentümer und dem zu Unrecht im Grundbuch Eingetragenen. Man könnte die Stellung des Letzteren höchstens mit der des Diebes des Wechsels vergleichen; die des wirklichen Eigentümers mit der des Bestohlenen. Bei dem fiduziarischen Indossament ist dagegen der Thatbestand ein ganz anderer. Der Indossatar ist durch das Indossament und bona fides Eigentümer geworden, und damit ist seine rechtliche Stellung begründet.

Der Fall mit dem zu Unrecht im Grundbuch Eingetragenen ist auch insofern anders gestellt, als dieser Eintrag wohl meist aus Versehen, also einseitig geschehen wird, während hier die

2) Pandekten Bd. I S. 519. Anm. 2.

Parteien vertragsmässig den Eigentumsübergang wollen, [illegible] freilich Skonietzki läugnet. Ähnlichkeit hätten nur dann beide Fälle, wenn die Parteien nach geschehener Auflassung und Eintragung behaupten wollten, der alte Eigentümer sei jetzt noch Eigentümer, und der neue solle nur die Dispositionsbefugnis haben. Dies würde den Sätzen der Grundbuchordnung ebenso widersprechen, wie es der Wechselordnung widerspricht, wenn man behauptet der fiduziarische Indossatar sei nicht Eigentümer des Wechsels.

Eine andere Art der Eigentumsteilung bei dem fiduziarischen Indossament nimmt de Jonge [3]) an, der in ihm ein relatives Vollindossament sieht, das nach Aussen absolut als Voll-, nach Innen relativ als Prokuraindossament wirkt. Geteilt ist nicht der objektive Inhalt des Eigentums, sondern nur die Richtung, in der es wirkt, vergleichbar dem durch das Prisma zerlegten Lichtstrahl. Derartige Spaltungen findet de Jonge auf den verschiedensten Rechtsgebieten, und behauptet z. B. der Käufer eines Grundstückes werde durch die Eintragung für die Aussenwelt (objektiv) Eigentümer, durch den Kaufvertragabschluss jedoch schon im Verhältnis zu dem Verkäufer. Oder bei einer bestellten, aber noch nicht eingetragenen Hypothek sei das Grundstück für Dritte pfandfrei, für den Eigentümer dagegen nicht mehr.

Aus diesen beiden Beispielen geht hervor, dass auch de Jonge das als juristisches Eigentum bezeichnet, was man im Leben Vermögen nennt, und da diese Verwechslung zu unhaltbaren Resultaten führt, so sieht er sich veranlasst, eine Spaltung des Eigentums eintreten zu lassen. Das, was er als Eigentum gegen Dritte ansieht, ist das, was man juristisch Eigentum nennt. Der Grundstückskäufer, der noch nicht eingetragen ist und der Eigentümer, bei dem die Hypothek nicht eingetragen ist, sind überhaupt nicht Eigentümer oder belastete Eigentümer.

De Jonges Eigentumsbegriff nach Innen trägt ein wirtschaftliches Gepräge, er bringt die thatsächlichen auf Anstand und Sitte begründeten Parteianschauungen zum Ausdruck, während das, was er als Eigentum nach Aussen bezeichnet das juristische, also das einzige in Betracht kommende Eigentum ist.

3) Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 563 ff.

Eine Notwendigkeit das Eigentum in solcher Weise zu teilen, liegt m. E. nicht vor und eine Spaltung des einheitlichen Begriffs ist nur verwirrend, zumal auch „das neue in alte Rechtsformen eingezwängte fiduziarische Rechtsgeschäft“ [4]) den von de Jonge gestellten Anforderungen ohne solche Teilung zu genügen scheint, nämlich

1) festbegrenzten Inhalt nach Aussen (infolge des dinglichen Vertrages) und

2) einen anderen Inhalt nach Innen, (durch den obligatorischen Vertrag), der den Parteien bis zu den Grenzen des Unrechts die grösste Beweglichkeit in der Festsetzung aller nur erdenklichen Modalitäten gewährt.

Ebenso sind de Jonges Bezugnahmen auf einige Stellen des H. G. B. nicht stichhaltig, da hier entweder gesetzlich eine nicht auf andere Verhältnisse auszudehnende singuläre Bestimmung getroffen ist, oder es sich um rein obligatorische Verhältnisse handelt, die allerdings eine Zweiseitigkeit zulassen und somit als „janusköpfige Rechtsgeschäfte“ erscheinen können.

C. Das Vollindossament macht zum Vollindossatar.

§ 25. Die richtige Ansicht.

Man muss nach dem Gesagten auch für das fiduziarische Indossament zu dem Ergebnis gelangen, dass in ihm keine Simulation zu sehen ist, dass in den allermeisten Fällen sowohl der nackte Einwand des Prokuraindossaments sowie die auf Abschneidungsabsicht von Einreden begründete exceptio doli nicht anzuerkennen ist, und dass man in dem äusserlich d. h. durch die Form des Indossaments gekennzeichneten Indossatar den wahren und vollen Indossatar zu sehen hat. Diese Ansicht hat viele Vertreter gefunden, die auch zum Teil das Verhältnis der beiden nebeneinander laufenden Verträge richtig erkannt haben.

Eines muss dabei freilich betont werden, der auf die Erfüllung des dinglichen Vertrags gerichtete Wille muss stets vorhanden sein, und insoweit ist es richtig, dass die Form an und für sich in dem relativ formalen Rechtsgeschäft nie den Willen

4) a. a. O. S. 565.

besiegen kann.[1]) Andrerseits kommt man vom rein formalen Standpunkt aus allerdings zu unhaltbaren Ergebnissen, die dem Sinn und Zweck der Wechselordnung direkt widersprechen. Der vorhandene Wille ist aus der Gesammtheit des dinglichen Vertrages heraus zu interpretiren event. unter freier richterlicher Würdigung aller in Betracht kommender Momente. Nur muss man sich davor hüten den völlig nebensächlichen und allein für die Kontrahenten bestimmten obligatorischen Vertrag zur Erforschung des Willens heranziehen zu wollen.[2]) Es ist sicher, dass dieser Nebenvertrag den Eigentumsübergang nicht hindert, und dass man durch seine Heranziehung indirekt die Tradition abhängig von ihrer causa macht, und sie, die nur als Motiv in Betracht kommen kann, zum Essentiale des Rechtsgeschäfts stempelt. Diese Meinung vertritt auch das Reichsgericht.[3]) indem es sagt „Der nach Art. 30 W.-O. legitimirte Inhaber des Wechsels tritt als Eigentümer auf, und kann nur als solcher auftreten . . . auch wenn er nach einer Vereinbarung mit dem Indossanten nur dessen Bevollmächtigter sein sollte.“ Der fiduziarische Indossatar ist mithin stets Eigentümer, und gegen ihn sind nur die aus dem Wechselrecht herrührenden Einreden zulässig.

Das abstrakte Indossament ist hierfür allein massgebend, und jeder nicht aus dem Wechselrecht selbst ersichtliche Einwand darf nicht berücksichtigt werden. Dies hat das Reichsgericht[4]) mit folgenden Worten ausgedrückt: „Die Natur des Wechsels als eines Formalaktes verlangt, dass der wesentliche Inhalt des Wechsels durch die Schrift selbst und zwar mit Sicherheit ausgedrückt, und schon aus dem Wechsel selbst für jedermann

1) R. O. H. G. Bd. 19 S. 44. Seuff A. Bd. 21 N. 189. Goldschm. Zeitschr. Bd. 8 S 326.

2) Es betonen dies R. O. H. G. Bd. 5 S. 36, 10 S. 156, 13 S. 301, 15 S. 34. Seuff A. Bd. 12 Nr. 190, Bd. 20 Nr. 257. Siebenhaars Archiv Bd. 3 S. 208. Goldschm. Zeitschr. Bd. 28 S. 81. H. O. Lehmann Lehrb. des W. R. S. 532 Anm. 16. Fuss a. a. O. S. 137 ff., der jedoch mit einer m. E. nicht stichhaltigen Begründung im Zweifel kein fiduziarisches Indossament annimmt.

3) Bd. 27 S. 129.

4) Bd. 10 S. 4/5.

erkennbar ist. Dieser Rechtssatz ist ein so unbedenklich richtiger und feststehender, dass nur eine Verweisung auf die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts genügt.“ Trotzdem hat dasselbe Gericht an diesem damals feststehenden Rechtssatz später nicht festgehalten, ohne eine stichhaltige Begründung dieser veränderten Anschauung zu geben. Erstere Entscheidung ist allein dem Wesen des Wechsels entsprechend, weil Dritte sich nur an das halten können, was auf dem Wechsel deutlich steht.[5])

Die richtige Meinung, dass der Vollindossatar Eigentümer des Wechsels und als solcher Prozesspartei ist, wird noch in einigen anderen Entscheidungen ohne eine ausführlichere Begründung vertreten und als feststehend dem Urteil zu Grunde gelegt.

So wird der Indossatar allein für berechtigt und verpflichtet erklärt Eide zu leisten,[6]) es wird aus diesem Grunde abgelehnt den Indossanten als eine Persönlichkeit, die nichts mehr mit dem Wechsel zu thun hat, an Stelle des Indossatars zum Schwören zuzulassen, und eine andere Entscheidung[7]) versagt ihm aus demselben Grund jede Zuziehung zu dem Prozess. In ähnlicher Weise kommt das Reichsoberhandelsgericht[8]) in Erwägung, dass durch das fiduziarische Indossament alle Rechte auf den Indossatar übergehen zu dem konsequenten Schluss, dass das Urteil gegen den Indossatar keine res iudicata für den Indossanten abgebe, der ja gar nicht Prozesspartei ist. Letztere Entscheidung steht allerdings im Widerspruch mit der Iudikatur des Reichsgerichtes, das in diesem Falle die exceptio rei iudicatae gegen den Indossanten für zulässig erklärt hat.[9])

---

5) R. O. H. G. Bd. 14 S. 202, Bd. 19 S. 412. Seuff Archiv Bd. 9 Nr. 68, Bd. 18 Nr. 163, Bd. 22 Nr. 164, 166, Bd. 25 Nr. 273. Siebenhaars Arch. Bd. III S. 403. Goldschmidts Zeitschr. Bd. 41 S. 547. Entsch. des Preuss. Ober.-Trib. Bd. 19 S. 266 im Gegensatz zu R. O. H. G. Bd. 19 S. 33 und dort Angef.

6) R. O. H. G. Bd. XV S. 344. Seuff A. Bd. 22 Nr. 268.

7) Siebenhaars Arch. Bd. 11 S. 82.

8) Goldschm. Zeitschr. Bd. 16 S. 645.

9) Bd. 36 S. 54

D. Andere Arten des fiduziarischen Idossaments.

§ 26. Der Depotwechsel.

Eine andere freilich weit weniger gebräuchliche Art des fiduziarischen Indossaments findet sich bei dem sog. Kautions- oder Depotwechsel, der ausgestellt wird für eine höchst wahrscheinlich in der Zukunft entstehende Schuld, deren Höhe jedoch noch nicht mit Sicherheit angegeben werden kann. Der Wechsel lautet hier auf den mutmasslichen Höchstbetrag und der Bezogene kann, falls die Höhe der Schuld feststeht, Deckung für den Zuvielbetrag verlangen. Das fiduziarische Moment liegt hier darin, dass der Wechsel als solcher auf die höchste Summe ausgestellt wird, dass die Parteien aber nebenher ausmachen, der Wechsel solle nur in Höhe der sich später ergebenden Schuldsumme geltend gemacht werden dürfen.[1])

Hier besteht dieselbe Kontroverse wie bei der anderen Art des fiduziarischen Indossaments, ob nämlich der Vollindossatar Eigentümer des Wechsels sei, welche Bedeutung der Nebenvertrag habe, und ob der Wechsel durch die Bezeichnung als Depotwechsel als der causa der Ausstellung unindossabel werde. In Gemässheit der früher aufgestellten Grundsätze muss man auch hier den Indossatar als den Eigentümer des Wechsels ansehen, und in dieser Hinsicht den Nebenvertrag völlig ausser Acht lassen. Es ist zuzugeben, dass die Existenz eines Anspruchs in dieser Höhe gegen den Akzeptanten eine wesentliche Voraussetzung seiner Geltendmachung ist, dass jedoch „ungeachtet dieser materiell akzessorischen Natur der von dem Beklagten dem Kläger gegenüber eingegangenen Wechselverpflichtung, es den Intentionen der Parteien nicht entsprechend erscheint, dass der Kläger, um von dem ihm aus dem Wechsel eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, einen Anspruch seinerseits an den Beklagten in Höhe desselben nachzuweisen braucht.“[2])

Damit ist also gesagt, dass der Kläger Gläubiger der auf dem Wechsel angegebenen Summe ist, und dass er sich wie jeder andere Wechselgläubiger den von dem Beklagten zu beweisenden

1) R. O. H. G. Bd. VI S. 439, Bd. VIII S. 141.
2) R. O. H. G. Bd. XIII S. 237.

Einwand gefallen lassen muss, die in Wahrheit geschuldete Summe belaufe sich niedriger, als die im Wechsel angegebene.[3]) Zwischen den Parteien darf das jederzeit geltend gemacht werden, aber Dritten, welche den Wechsel in Höhe der angegebenen Summe einklagen, kann die Nebenabrede nicht entgegen gehalten werden.

Dieselben Regeln wie für das Voll- statt Prokuraindossament gelten auch hier. Ein weitgehendes Mittel ist zur Erreichung eines beschränkten Zweckes gewählt, indem der Schuldner sich für eine grössere Summe verpflichtet, als er wahrscheinlich schulden wird. Warum er das gethan, ist gleichgültig und ändert an seiner Stellung nichts.

Hierbei taucht auch eine ähnliche Streitfrage auf, wie die, ob in dem Voll- ein Prokuraindossament enthalten sei, in der Form, ob das Indossament eines Depotwechsels ein Indossament ohne Obligo sei, m. a. W. ob die Bezeichnung des Wechsels als Depotwechsel demselben die Zirkulationsfähigkeit nehme.

Man muss aber auch hier sagen: Es giebt zwei Formen, die sich einander ausschliessen, und wenn die eine gewählt wird, so wird sie nur gewählt mit Ausschluss der Anderen. In der Wechselordnung ist die sog. negative Ordreklausel vorgesehen, und wer sie nicht dem Indossament beifügt, hat dadurch den Willen bethätigt, den Wechsel unbedingt zirkulationsfähig zu erhalten.

Durch die Bezeichnung als Depotwechsel ist wechselrechtlich nichts gesagt, „da nicht das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft massgebend ist, sondern allein der Inhalt des Wechsels.[4])

§ 27. Der Blankowechsel.

Am Schluss dieses Abschnittes ist in Kürze festzustellen, dass sämmtliche für den Wechsel mit Namensindossament festgelegten Grundsätze auch für den in blanco indossirten Wechsel Anwendung finden müssen,[1]) da der Blanco-Indossatar ebenfalls ein Indossatar ist, und in der Wechselordnung nirgends auch nur eine Andeutung zu finden ist, dass für das Blanco- andere Rechtssätze gelten sollten als für das Vollindossament.

3) Ebenso Seuff Arch. Bd. 24 Nr. 79.

4) R. O. H. G. Bd. 13 S. 412. Seuff A. Bd. 13 Nr. 158, 26 Nr. 116, 28 Nr. 166, 30 Nr. 216 u. Dreyer a. a. O. S. 461.

1) Borchardt W.-O. Zus. 291 S. 131.

III.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Konkurs des Fiduziars.

§ 28. Hat der Fiduziant ein Aussonderungsrecht im Gant des Fiduziars?

Am meisten praktisch d. h. einschneidend für die Parteien wirkend, wird das fiduziarische Rechtsgeschäft und seine theoretische Beurteilung für den Fall, dass der Fiduziar in Konkurs verfällt, ehe er der in dem negatorischen Vertrage übernommenen Pflicht nachgekommen ist. Hierbei tritt die wichtige Frage auf, wem gehört das fiduziarisch übertragene Objekt, fällt es an die Konkursmasse oder hat der Fiduziant ein Aussonderungsrecht, da die Sache für die Konkursmasse im Grunde genommen doch eine fremde ist?

Die Beantwortung dieser Frage hängt allein, wie gesagt, davon ab, wie man das fiduziarische Rechtsgeschäft theorisch konstruirt und welche Ansicht man betr. des sog. fiduziarischen Eigentums hat.

Die meisten Schriftsteller gelangen dabei zu dem Ergebnis, dass dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zustehe, teils deshalb, weil sie das fiduziarische Rechtsgeschäft als solches nicht anerkennen, teils wegen der Meinung das fiduziarische Eigentum sei eine besondere Art vom Eigentum, teils auch infolge einer unbewussten oder bewussten Verwechslung der Begriffe Eigentum und Vermögen.

Im Allgemeinen wiederholen sich betreffs dieser Streitfragen dieselben Ansichten und Begründungen, wie sie in den beiden eben dargestellten Teilen angeführt und beurteilt worden sind, so dass eine Verweisung hierauf genügt.

Eine Aussonderungsberechtigung des Fiduzianten auf Grund mangelnden oder irgendwie geteilten Eigentums nehmen an: Bernstein a. a. O. S. 113. v. Canstein a. a. O. S. 451 und dort Angef. Skonietzki a. a. O. S. 232. Völderndorf, Konc.-O. Bd. I. S. 376. Fitting, Konc.-O. S. 199 A. 5 und dort Angef. Petersen u. Kleinfeller, Konc.-O. S. 175. v. Sarwey, Konc.-O. S. 203 ff. Wilmowsky, Konc.-O. IV. Aufl. S. 178. Wilbenbücher, Konc.-O. 2. Aufl. S. 91. Nr. 3. Regelsberger Pand. Bd. I a. a. O. Grünhut a. a. O. S. 149. Seuff A. Bd. 12 Nr. 298. 7. Nr. 282. 46. Nr. 1. 49. Nr. 113. Stammler, Recht der Schulverh. nach B. G. B. S. 197. Jäger, Konc.-O. S. 311 ff. und dort Angef. Cosak. H.-R. S. 304. Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 119.

Diese Meinungen und die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen sind mit der hier vertretenen Ansicht über das fiduziarische Rechtsgeschäft unvereinbar. Man begründet den Aussonderungsanspruch damit, dass man behauptet der Treuhändler sei nicht selbst berechtigt, sondern nur ermächtigt, und könne daher sein Eigentumsrecht nur innerhalb gewisser, dem Fiduzianten gegenüber festgelegten Grenzen ausüben, eine Ansicht, die schon weiter oben § 9 und 10 widerlegt ist.

Eine besondere Erwähnung verdient hier nur noch die Ansicht Kohlers.[1]) Derselbe erkennt den Fiduziar als Eigentümer an, findet es aber ungerecht, wenn man in Konsequenz dieser Ansicht dem Fiduzianten das Aussonderungsrecht versagt. Rechtlich ist an diesem Resultate nichts zu ändern, das erkennt Kohler an. Doch schliesse dies Resultat eine Verletzung der höheren Gerechtigkeit in sich, wie schon aus den Protokollen zu der Konkursordnung hervorgehe, die eine Gewährung des Aussonderungsrechts dem Rechtsbewusstsein als selbstverständlich entsprechend angesehen hätten. Eine dem entsprechende Lösung müsse gefunden werden, sie sei ein „Postulat der Gerechtigkeit". Um diesem zum Siege zu verhelfen gibt er dem Fiduzianten eine dem altrömischen Rechte nachgebildete rei vindicatio utilis. Diese neue rei vindicatio utilis mag in vielen Fällen den Intentionen des Fiduzianten einseitig gerecht werden, sie mag auch vielleicht

1) Iher. Jahrb.-Bd. XVI S. 346 ff. u. Konc.-Recht. S. 179, dem sich Enneccerus a. a. O. angeschlossen hat.

manchmal ein den thatsächlichen Verhältnissen entsprechend erscheinendes Urteil herbeiführen, rechtlich ist sie aber auch von dem von Kohler vertretenen Standpunkt aus nicht zu billigen. Wie Leist[2]) treffend bemerkt, kommt die Gewährung dieser vindicatio utilis thatsächlich auf dasselbe heraus, wie die von Kohler bekämpfte Unterscheidung zwischen Eigentümer und der Legitimation als Eigentümer. Mit dem Zugeständnis des Aussonderungsanspruchs ist entweder die Theorie von der Einheit des Eigentums aufgegeben, oder man hat eine theoretisch unhaltbare Sonderbestimmung eingeführt. Das letztere scheint Kohler gethan zu haben, was seine vergleichende Heranziehung des § 392 Abs. 2. H.-G.-B. beweist. Das dort dem Kommittenten gewährte Aussonderungsrecht ist eine ganz singuläre Bestimmung, und nach dem bekannten Satz ius singulare non est producendum ad consequentias ist es unzulässig ohne eine entsprechende gesetzliche Norm diese Sonderbestimmung analog auf andere Verhältnisse anwenden zu wollen.

Eine weitere Rechtfertigung für seine rei vindicatio utilis findet Kohler in dem Vorhandensein eines „Postulats der Gerechtigkeit", das eine solche Lösung erheische. Dieses Postulat spielt hier m. E. dieselbe Rolle wie die übertriebene Anwendung der bona fides im Wechselrecht. Es ist eine einseitige Betonung der schuldnerischen Interessen, welche durch die Annahme eines verletzten, über dem Gesetz stehenden Prinzips gerettet werden sollen.

Bei allen Rechtsgeschäften, die wie das fiduziarische auf einem gewissen Vertrauen der einen Partei zu der andern beruhen, kann leicht eine scheinbare Ungerechtigkeit vorkommen, wenn nämlich durch Verschulden des Vertrauensempfängers die auf das Vertrauen gesetzten Rechtsfolgen nicht eintreten, der Fiduziar den Vertrag bricht oder sich nicht als vermögenskräftig erweist. Dann treten die Interessen der Verkehrsicherheit und des Rechtes in Widerspruch mit dem Mitgefühl für den betrogenen Geschädigten. Das Mitgefühl darf aber nie soweit gehen, dass wir dadurch veranlasst werden, feststehende Rechtssätze zu beseitigen oder zu verbessern; denn wer sich freiwillig einen Un-

2) a. a. O. S. 83.

würdigen zum Vertrauten ausgesucht hat, der muss, so traurig es auch für den einzelnen Fall sein mag, die übeln Folgen tragen, die er wie im ersten Abschnitt gezeigt, wenigstens in eventu mit gewollt hat.

Auch in diesem Falle muss das von Kohler vorher benutzte Beispiel von dem abgeschossenen Pfeil gelten, das er hierfür jedoch merkwürdigerweise nicht anwendet. Derartige „Ungerechtigkeiten" sind im Interesse der Verkehrssicherheit oft unentbehrlich und dies sind in Wahrheit die „höheren Interessen".

Eine ähnliche Ungerechtigkeit müsste Kohler in dem von dem B. G. B. übernommenen und bewährten Prinzip „Hand wahre Hand" finden, da es für den Eigentümer sehr hart ist, durch ein vertragswidriges Verhalten des unmittelbaren Besitzers um das Eigentum gebracht zu werden. Das deutsche Recht, rechtfertigte diese Härte mit dem Satze „wo einer seinen Glauben gelassen hat, da mag er ihn sich auch wieder holen". Wer eine Sache freiwillig aus der Hand gibt, muss alle daraus entstehenden Folgen tragen. Dieselben Grundsätze haben für das fiduziarische Rechtsgeschäft zu gelten.

Ebensowenig beweiskräftig ist eine Berufung auf die Motive zur Konkursordnung.[3]) Wenn auch der Gedanke dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zu gewähren so selbstverständlich erschien, dass man glaubte einer gesetzlichen Regelung entbehren zu können, so muss dem entgegen betont werden, dass die Motive nicht Gesetz geworden sind, und dass selbst ein der Kommission als selbstverständlich erscheinender Gedanke für uns nicht massgebend sein kann. Ausserdem herrschte in der damaligen Zeit, wie in den Protokollen zugegeben wird, keine Einigkeit über diese Frage. Auf jeden Fall hätte dieser Rechtssatz im Gesetz klaren Ausdruck finden müssen, und die Meinung Skonietzkis, der das Fehlen einer diesbezüglichen Sonderbestimmung damit erklären will, weil der Gesetzgeber nicht dazu da sei, um die Fehler einer unrichtigen Theorie durch gesetzliche Normen zu verbessern, widerspricht dem Zwecke einer Gesetzgebung. Gerade

3) Eine vollständige Schilderung der Kommissionsverhandlungen findet sich bei Fuss, Die Rechtnatur des Vollgiros zu Incassozwecken, Inaug.-Diss. S. 92 ff.

weil Recht geschaffen werden soll, muss der Gesetzgeber falschen Ansichten durch gesetzliche Normen entgegentreten. Das Reichsgericht hat sich in dieser Frage ebenfalls verschiedentlich geäussert, und es ist noch in kurzen Worten auf diese Ansicht einzugehen.

Anfangs[4]) kam dasselbe auf Grund der von ihm fast durchgängig vertretenen Gleichstellung von Eigentum und Vermögen zu dem Resultat, dass dem Fiduziant im Gant des Fiduziars ein Aussonderungsrecht zustehe. Nach seiner Meinung bezwecken[5]) die Parteien nicht eine Bereicherung des Fiduziars, dessen Eigentum zeitlich begrenzt ist, und dadurch sei bewiesen, dass der Parteiwille nicht auf eine Vermögensvermehrung des Fiduziars gerichtet sei.[6])

In späteren Entscheidungen kommt dasselbe Gericht[7]) zu dem Ergebnis, dass das Wort Eigentum juristisch-formelle, das Wort Vermögen wirtschaftlich-materielle Bedeutung habe, und zieht daraus die erstaunliche Schlussfolgerung, letztere Bedeutung sei für die juristische Beurteilung die allein massgebende. Ebenso ungerechtfertigt, wie die Gleichstellung der Begriffe juristisch mit formell, und wirtschaftlich mit materiell, sowie die Gegenüberstellung dieser Begriffe, ebenso unhaltbar ist der daraus gezogene Schluss. Logischer Weise haben für die juristische Beurteilung juristische Begriffe zu gelten, und es wäre ein bedauerliches Anzeichen für die Nichtbrauchbarkeit unseres Rechtes, wenn es nicht zur Rechtssprechung angewandt werden dürfte.

Es ist ein Schritt nach rückwärts, den wir damit thun, wenn wir zwei Begriffe, die sich in langer Entwicklung differenzirt haben, wieder einander gleichstellen und den Unterschied zwischen Wirtschaft und Recht fallen lassen. Ob das Reichsgericht dies Alles wirklich gewollt hat, möchte ich bezweifeln und eher annehmen, dass auch hier eine gesetzlich nicht zu begründende Innehaltung „höherer Prinzipien“ durchaus begründet werden soll.

4) Bd. 24. S. 45.

5) was hier dem „beabsichtigen“ gleichgestellt wird.

6) Seuff A. Bd. 23. Nr. 61, wo gesagt wird die Wechselforderung sei höchstens relativ, d. h. dritten gegenüber in das Vermögen des Fiduziars übergegangen.

7) Bd. 45. S. 80. Seuff A. Bd. 55. Nr. 191, und in einer nicht veröffentlichten Entsch. vom Dezember 1900.

§ 29. Der Fiduziant ist auf den persönlichen Anspruch beschränkt.

In Gemässheit der in dieser Arbeit dargelegten Grundsätze über Wesen und Stellung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts muss man sich der Gewährung eines Aussonderungsrechts gegenüber ablehnend verhalten und kann in diesem Resultat kein auch nur scheinbares Unrecht finden. Wenn man dem Fiduzianten gestattet seine Stellung dadurch zu verbessern, dass er den Fiduziar z. B. zum Eigentümer eines Wechsels macht, der für ihn wegen entgegenstehender persönlicher Einreden wertlos ist, so muss man diesem Indossanten billiger Weise auch zumuten die Gefahr des Verlustes des Wechsels zu tragen, wenn der Indossatar in Konkurs verfällt. Darin ist eben das ausgleichende Äquivalent für den im Falle der Solvenz des Fiduziars dem Fiduzianten zufallenden Gewinn zu sehen. Dem Fiduziant steht es ja frei den Wechsel mit entgegenstehenden Einreden zu behalten, oder ihn weiter zu indossiren, um den vollen Wechselbetrag zu erlangen. Wenn er dabei für den seltenen Fall, dass sein Vertrauensmann in Gant verfällt seine ganze Forderung verliert, so geschieht ihm kein Unrecht, weil die dem Gemeinschuldner gehörenden Sachen kraft Rechtssatzes in die Konkursmasse fallen, und ihn niemand gezwungen hat ein Voll- statt Prokuraindossament auszustellen.

Die hier verteidigten Entscheidungen können u. U. Situationen schaffen, die einer der Parteien vielleicht äusserst unangenehm sind, aber deshalb von einem rechtlich zu berücksichtigenden Unrecht zu reden, ist nicht angebracht. Vor- und Nachteile werden nach unserer Ansicht gleichmässig verteilt; beide sind ungewiss und beide treffen, falls sie eintreten, die Partei mit Recht. Es wäre zu viel des Guten,[8]) und keineswegs dem Postulat der Gerechtigkeit entsprechend, wenn man wie Kohler, den Fiduziar einerseits Eigentümer sein lässt, zugleich aber dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht gewährt. Der Konkurs ist der Prüfstein der Dinglichkeit;[9]) die fiduziarische

8) Lang a. a. O. S. 341.

9) Pflüger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 83. S. 352.

Eigentumsübertragung ist auf jeden Fall dinglich, wie sie überhaupt keine besondere Art von Eigentum begründet, und somit kann ohne eine singuläre, das Gegenteil festsetzende Rechtsnorm von einem Aussonderungsrecht des Fiduzianten keine Rede sein. Er ist allein auf den sich aus dem Nebenvertrag ergebenden obligatorischen Anspruch, auf die actio mandati, depositi etc. angewiesen, und gehört damit zu den gewöhnlichen Konkursgläubigern.

Diese Ansicht vertreten am schärfsten: Seuffert Koncurs-Proz. S. 93. Anm. 10; Lang a. a. O., sowie Hellwig a. a. O. S. 392. Grünhut a a. O. S. 142. Matthiass a. a. O. S. 203. Dungs a. a. O. S. 11 ff.[10]) Werthauer a. a. O. S. 658.[10]) Schaps in Goldschm. Zeitschr. Bd. 42. S. 422. Mandry, Der zivilr. Inhalt der Reichsges. (IV. Aufl.) S. 335. Anm. 8. Fuss a. a. O. S. 135. Siebenhaars Arch. Bd. IV S. 92. Seuff. A. Bd. 7. Nr. 349; 19 Nr. 122. 23 Nr. 61 und zu einer ähnlichen mit der herrschenden in Widerspruch stehenden Ansicht gelangt Haas, die Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme S. 65 ff. Ebenfalls hierhin gehört Regelsberger im Arch. für ziv. Praxis Bd. 63. S. 341, der jedoch diese Ansicht in seinen Pandekten wieder aufgiebt, leider ohne eine Widerlegung der alten und Begründung der veränderten Anschauung zu geben.

Eine andere, aber für die rechtliche Beurteilung nicht in Betracht kommende Frage ist es freilich, ob die aus dem Gesetze gewonnenen Resultate in allen Fällen auch die zweckdienlichsten seien, und ob hier die Versagung eines Aussonderungsrechtes des Fiduzianten gegenüber dem Fiduziar vom wirtschaftlich-politischen Standpunkt aus zu einem befriedigenden Ergebnisse führe.

Ich möchte dies für manche Arten des fiduziarischen Rechtsgeschäftes verneinen, vor allem für den Fall der Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken. Die gesetzlichen Bestimmungen führen hier manchmal zu Unbilligkeiten in volkswirtschaftlicher Beziehung, und die meisten Anhänger eines Aussonderungsrechtes werden wohl durch dieses richtige Gefühl sich veranlasst gesehen haben,[11]) um zweckentsprechende Resultate zu erzielen, den ge-

10) Diese finden das Resultat richtig, aber bedauerlich, und halten die Nichtaufnahme einer gegenteiligen Bestimmung für einen „faux pas."

11) vor allem Kohler mit der rei vindicatio utilis.

setzlichen Normen eine ihrem Sinne widersprechende Auslegung zu geben.

Diese Unbilligkeiten treten vor Allem dann offensichtlich hervor, wenn es sich darum handelt, den Wert unentbehrlicher, zur Produktion benutzter Vermögensstücke wirtschaftlich zu verwerten.

Wenn z. B. ein nicht bemittelter Handwerker zur Vergrösserung seines Betriebes und zur Steigerung seiner bisher nicht ausreichenden Einnahmen sich eine Maschine anschaffen will, so ist ihm kein gefahrloses Mittel gegeben, den in der anzuschaffenden Maschine vorhandenen Wert wirtschaftlich zur Erlangung von Kredit zu verwenden. Zum Pfand geben kann er die Maschine nicht, weil sie dadurch seiner Benutzung nach § 1205 B. G. B. entzogen ist. Ebenso wenig entspricht es dem Bedürfnisse des Handwerkers, wenn der Gläubiger Eigentümer der Maschine bleibt, und ihm dieselbe leih- oder mietweise überlässt, da ihm dann ein dingliches Recht an der Sache fehlt; und der Gläubiger wird sich auch nicht leicht zur Gewährung von Kredit verstehen, wenn er weiss, dass ihm bei dem Konkurse des Schuldners kein Aussonderungsrecht zusteht, für den Fall, dass er demselben die Maschine zu fiduziarischem Eigentum übertragen wollte, um so stets für die Schuldforderung gesichert zu sein.

Dieser Missstand ist verschwunden, sobald man dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht gewährt, was, wie gezeigt, nicht zulässig ist. Da unter diesen Umständen dem sonst mittellosen Handwerker ohne Sicherheit leicht kein Geld geliehen wird, so haben wir als Resultat, dass der nicht kapitalskräftige Handwerker sich die Maschine, die ihm zum Wohlstand verhelfen würde, nicht anschaffen kann, oder dass es ihm, falls er die Maschine schon besitzt, unmöglich gemacht wird, den in der Maschine enthaltenen wirtschaftlichen Wert zur Erhöhung seines Kredits zu benutzen.

Aus diesem Beispiele geht hervor, dass der von Linkelmann [12]) unserer Gesetzgebung gemachte Vorwurf, sie gehe zu radikal vor und verfalle von einem Extrem in das andere, nicht ungerechtfertigt ist.

---

12) Archiv für bürgerl. Recht Bd. 7 S. 233.

Um den grenzenlosen Missstand und die Kreditgefährdung, die sich aus der unbeschränkten Zulassung der Mobiliarhypothek ergeben hatte, zu beseitigen, ging man zu der ebenso einfachen wie radikalen Form des Faustpfandes als des allein möglichen über. Für ein Volk mit wenig entwickelten Verkehrs- und Kreditverhältnissen, und für ein Volk dessen ganzes Rechtsleben sich in wenigen einfachen und offensichtlichen Formen abspielt, mögen solche streng durchgreifende Mittel ihre Berechtigung haben. Für uns gilt dies im Allgemeinen nicht, und namentlich dann nicht, wenn derartige Bestimmungen in volkswirtschaftliche Verhältnisse eingreifen. Unser ganzes rechtliches und wirtschaftliches Leben ist zu verwickelt, als dass ein Radikalmittel nur gute Wirkungen äussern könnte; es beseitigt zwar den bis jetzt empfundenen Missstand auf die durchgreifenste Art, zeitigt dafür aber neue Übelstände. Ein solcher ist durch das Verbot jeglicher Mobiliarhypothek vorhanden, denn ein Geldbedürftiger kann produktive Güter schlechter verwenden als unproduktive, und der Tauschwert notwendiger Vermögensstücke ist, wenigstens soweit er zur Verpfändung benutzt werden könnte, gänzlich aufgehoben.[13])

Statt des extremen Verbots der Mobiliarhypothek hätte man lieber auf einen vergleichenden Mittelweg hinarbeiten sollen, denn das Gute liegt meist in der Mitte. In dieser Beziehung könnten die Engländer mit dem The bills of Sale Acts für uns vorbildlich sein.[14]) Nach diesem Gesetze werden auch für Mobilien öffentliche Pfandbücher geführt, die dem Gläubiger eine dingliche Sicherheit ohne den Besitz an der Sache gewähren.[15])

---

13) „Das Faustpfand ist ein Stück sozialen Unrechts", Krückmann Arch. für bürgerl. Recht Bd. 8 S. 167.

14) Diesen Gedanken hat der Entwurf zu dem schweizerischen Zivilgesetzbuch in durchaus zutreffender Weise im vierten Teil (Art. 884—889) durch die Zulassung einer an Vieh, beweglichen Betriebseinrichtungen, Vorräten und Waarenlagern möglichen Fahrnisverschreibung zum Ausdruck gebracht und damit ein soziales Problem in anerkennenswerter Weise und mit Verständnis gelöst.

15) Das Nähere bei Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 61 u. 173 und Linkelmann a. a. O. S. 229 ff.

Hierdurch ist die Publizität des Mobiliarpfandrechts mit der Möglichkeit der freien Ausnutzung der Sache in pfandrechtlicher Beziehung glücklich vereinigt, und nach Inkrafttreten eines auf ähnlichen Grundsätzen beruhenden Gesetzes, werden auch die verwickelten für die Parteien wie für den Richter umständlichen Eigentumsübertragungen zur Sicherung von Forderungen verschwinden.

Aber, wie nochmals betont werden soll, ein Gesetz ist dazu nötig, und solange wir dies nicht haben, dürfen wir von dem bestehenden Gesetze nicht abweichen, auch wenn der Zweck, den wir damit verfolgen, an und für sich sehr erstrebenswert sein sollte.

Lebenslauf.

Geboren am 14. März 1874 zu Kastel a. Rhein als Sohn des damaligen Oberleutnants, jetzigen Oberstleutnants z. D. *Bernhard Goltz* und dessen Ehefrau *Marie* geb. *Gergens* besuchte ich in den Jahren 1883—1893 das Grossherzogliche Gymnasium zu Mainz. Nach bestandener Reifeprüfung bezog ich im Winter-Semester 1893/94 die Universität Marburg, um mich dem Studium der Naturwissenschaften insbesondere der Chemie zu widmen, und um zugleich meiner Dienstpflicht in dem Hess. Jäger-Bat. Nr. 11 zu genügen. Ich studierte danach in Kiel und Strassburg, bis ich durch ein Fussleiden, dass ich mir infolge des Militärdienstes zugezogen hatte, gezwungen wurde das Studium der Chemie aufzugeben.

Ich wandte mich in Folge dessen dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu, dem ich in den Jahren 1896—1899 in Berlin, Leipzig und Marburg oblag.

Von meinen Lehrern, deren Vorlesungen ich in dieser Zeit besuchte, schulde ich ganz besonders meinen Dank dem leider vor Kurzem verstorbenen Geh. Justizrat Professor Dr. *Eck* sowie dem Geh. Rat Professor Dr. *Adolf Wach*, durch deren anregende Vorlesungen und praktische Übungen ich das neu ergriffene Studium in kurzer Zeit lieb gewonnen habe.

Am 18. November 1899 bestand ich zu Cassel die erste juristische Staatsprüfung und trat am 28. November 1899 den Vorbereitungsdienst an dem Königlichen Amtsgericht Schmalkalden an.

Am 12. Mai 1900 unterzog ich mich vor der juristischen Fakultät der Universität Rostock mit Erfolg dem examen rigorosum.

An dieser Stelle möchte ich noch dem Herrn Landgerichtspräsidenten *Kress* zu Meiningen meinen Dank aussprechen für die Liebenswürdigkeit, mit der er mir die Landgerichtsbücherei zur Anfertigung dieser Arbeit zur Verfügung gestellt hat.